2

CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE ENTIDADES

ÍNDICE

1 Depósitos o cuentas bancarias. Introducción y aspectos comunes 127

1.1 Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación 127

1.1.1 Cuentas de personas con discapacidad 127

1.1.2 Cuentas de menores de edad 128

1.1.3 Cuentas de personas jurídicas 130

1.1.4 Cuentas de comunidades. Especial referencia a las comunidades de propietarios 130

Comunidades de bienes 131

Comunidades de propietarios 131

1.1.5 Cuentas de no residentes 133

1.2 Publicidad de los depósitos 134

1.3 Obligaciones de identificación según la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo 135

1.4 Información al público sobre comisiones, intereses y tipos de cambio 136

1.4.1 Comisiones e intereses. Documento informativo de las comisiones: información pública y sitio web de comparación 136

1.5 Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos 137

1.5.1 Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados 137

1.5.2 Resumen anual de comisiones e intereses y estado de comisiones 138

1.6 Embargos de saldos depositados en las entidades 138

1.6.1 Embargos por deudas con las Administraciones 141

1.6.2 Embargos por deudas con la Seguridad Social 142

1.6.3 Embargos judiciales 142

2 Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas 143

2.1 Cuestiones generales 143

2.2 Cuentas de pago básicas 144

2.3 Apertura de cuentas de pago. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia 149

2.3.1 Explicaciones adecuadas 150

2.3.2 Información precontractual 151

Documento informativo de las comisiones. Información pública en sitios web de comparación 153

Servicios vinculados a la cuenta 154

2.3.3 Formalización del contrato 154

Cuentas en divisas 155

Integridad del contrato y oscuridad de cláusulas contractuales 155

Entrega de documento contractual y conservación de documentos 156

2.4 Disposición de fondos 157

2.4.1 Cuentas plurales o con varios titulares. Régimen de disposición 159

Cuentas conjuntas (o mancomunadas) 159
Cuentas indistintas (o solidarias) 159
Modificación del régimen de disposición 160
Descubierto en cuentas indistintas 161
2.4.2 Autorizados en cuenta 162
2.4.3 Disposiciones en efectivo 164
Reintegros en oficina diferente a la de apertura y modo de disponer 164
Restricción del importe de reintegros de efectivo y alternativas sin coste 165
2.4.4 Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores 166
2.4.5 Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente 167
2.4.6 Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros) 168
2.4.7 Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono 170
2.4.8 Bloqueo de cuentas 170
Falta de entrega de la documentación identificativa requerida 171
Revocación del NIF a pyme 171
Concurrencia de discrepancias entre cotitulares 172
Bloqueo motivado por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo 172
2.4.9 Compensación de cuentas 172
2.5 Modificaciones contractuales 174
2.5.1 Formalidades y plazos 174
2.5.2 Modificaciones contractuales comunicadas a través de buzones virtuales 176
2.5.3 Cambio de titulares 177
2.6 Liquidación de la cuenta 178
2.6.1 Comisiones y gastos. Comparabilidad y terminología normalizada 178
Comisión de mantenimiento de la cuenta. Fija o porcentual 179
Comisión de administración 180
Comisiones de mantenimiento y de administración en cuentas vinculadas 181
Comisión por retirada de efectivo en ventanilla 182
Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular de la cuenta 183
Comisión de manipulación (cuenta en divisas) 184
Comisión por transferencia y por orden permanente 184
Gastos por reclamación de posiciones deudoras 185
Gastos de correo 187
2.6.2 Intereses. Valoración 188
2.6.3 Descubierto en cuenta, expreso o tácito 189
Liquidación de intereses y comisión por descubierto. Límites y criterios 190
Comisión por descubierto, expreso o tácito 191

2.6.4 Obligaciones de información a los clientes 192
Información previa a la ejecución de operaciones en la cuenta 192
Información posterior y extractos mensuales 192
Estado de comisiones 193
Cuentas inactivas 193
Saldos en presunción de abandono 194
2.7 Cancelación de cuentas de pago 196
2.7.1 A iniciativa de la entidad bancaria 196
2.7.2 A iniciativa del cliente 197
2.7.3 Traslado de cuentas de pago 200
2.8 Medidas restrictivas sobre cuentas corrientes adoptadas por las entidades en cumplimiento de exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales 202
2.9 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción 209

3 Depósitos a plazo con garantía del principal 211
3.1 Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos 212
3.1.1 Explicaciones adecuadas 212
3.1.2 Información precontractual 212
3.1.3 Formalización del contrato. Contenido 214
3.2 Liquidación del depósito. Tipo de interés 215
3.3 Documentos de liquidación 216
3.4 Renovación y modificación del tipo de interés 216
3.5 Cancelación anticipada 218
3.6 Vencimiento del depósito 219

4 Servicios de pago 220
4.1 Introducción, régimen aplicable y aspectos comunes 221
Sistemas de pago 226
4.1.1 Condiciones contractuales 234
Transparencia, integridad 234
Oscuridad de las cláusulas 235
4.1.2 Información y documentación contractual 235
Operaciones de pago singulares 236
Operaciones amparadas en un contrato marco 236
Conservación de documentos 236
4.1.3 Comisiones y gastos 237
4.1.4 Tipos de cambio 237
4.1.5 Modificación de las condiciones del contrato marco 238
4.1.6 Resolución del contrato 239

4.1.7 Régimen de las operaciones de pago no autorizadas 239
Distinción con operaciones autorizadas 240
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 241
Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago 241
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 242
4.2 Tarjetas 243
4.2.1 Gastos y comisiones 243
Emisión, renovación y mantenimiento 243
Reclamación de posiciones deudoras 243
Límites de disposición de capital y de utilización de la tarjeta 243
Comisión por exceso sobre el límite de crédito 245
Comisión por cancelación anticipada 247
Tipos de cambio 247
4.2.2 Actuación unilateral de la entidad 248
Emisión de tarjetas sin solicitud previa 248
Envío por medios que no aseguran su recepción 248
Incremento unilateral de tipos de interés 249
Bloqueo unilateral de tarjeta 250
4.2.3 Formas de pago de la deuda de la tarjeta 251
Tarjetas *revolving.* Lenta amortización de la deuda 252
Traspasos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito 256
4.2.4 Terminales de punto de venta (o datáfonos) 257
Comercio electrónico seguro 259
4.2.5 Pagos con tarjeta no autorizados 259
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 259
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas 260
Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago 260
Autenticación reforzada de clientes 262
Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído 264
4.2.6 Programas de fidelización en tarjetas y tarjetas de pago en circuito cerrado 264
4.2.7 Dinero electrónico 265
4.3 Transferencias 266
4.3.1 Identificador único 267
4.3.2 Irrevocabilidad de las transferencias 269
4.3.3 Comisiones y gastos de las operaciones de pago 270
4.3.4 Recepción de órdenes de pago 273
4.3.5 Fecha de abono 274

4.3.6 Pagos inmediatos 275
4.3.7 Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 276
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 276
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas 276
Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago 276
Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente 277
4.4 Adeudos domiciliados 278
4.4.1 Consideraciones generales 278
4.4.2 Tipología de adeudos domiciliados 279
4.4.3 La orden de domiciliación o mandato 279
4.4.4 El adeudo domiciliado B2B 280
4.4.5 El adeudo domiciliado básico SEPA 281
4.4.6 Procesos excepcionales de cancelaciones, rechazos y devoluciones 282
4.4.7 Devolución de recibos 283
4.4.8 Revocación de la orden de adeudo domiciliado 286
4.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja 287
4.5.1 Consideraciones generales 287
4.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago 288
4.5.3 Discrepancia en el importe de las entregas en efectivo en oficina 288
4.5.4 Billetes y monedas 289
Billetes falsos 289
Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda) 289
4.5.5 Comisión por ingresos en efectivo 292
4.5.6 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 293
Establecimiento de limitaciones 293
Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático 295
4.5.7 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero 296

5 Cheques 297
5.1 El cheque como título valor 297
5.2 Pago de cheque por ventanilla 298
5.3 Identificación del tenedor 298
5.4 Revocación 300
5.5 Endoso 301
5.6 Ingreso en cuenta 302

5.7 Ingreso en cuenta por un tercero distinto de su titular 304
5.8 Compensación 305
5.9 Comisiones 307
5.9.1 Comisión por emisión de cheques bancarios 307
5.9.2 Comisión por negociación y compensación, y por devolución 308
5.9.3 Comisión por devolución de cheques de cuentas canceladas 309
5.9.4 Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta 310
5.10 Fecha de valor y disponibilidad de fondos 310
5.11 Gestiones de cobro 311
5.12 Cheque falsificado 313
5.13 Cheques librados sobre cuentas en el extranjero 314

6 Préstamos personales 315
6.1 Préstamo para consumo 316
6.1.1 Información precontractual y prácticas previas a la contratación 317
6.1.2 Solvencia del deudor 318
6.1.3 Contratación 319
6.1.4 Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias 321
6.1.5 Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación 322
Intereses ordinarios 323
Intereses de demora 324
Comisiones y gastos 325
6.1.6 Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios 325
6.2 Préstamos a pymes 326
6.2.1 Líneas ICO. Especial referencia a las líneas ICO-COVID 327

7 Préstamos hipotecarios 330
7.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable 330
7.2 Claridad y transparencia con el cliente 340
7.3 Información previa a la contratación 343
Información sobre comisión por emisión de cheques bancarios 346
7.4 Comprobación notarial del cumplimiento del requisito de transparencia material 349
7.5 Requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal al servicio del prestamista 351
7.6 Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 352
7.7 Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual 352
7.8 Inscripción por los prestamistas de los contratos con condiciones generales de la contratación 353
7.9 Información sobre la provisión de fondos, tramitación administrativa y gastos de formalización de la hipoteca 354

7.9.1 Información sobre provisión de fondos 354
7.9.2 Reclamaciones sobre gastos de formalización (régimen de gastos de la LCCI) 357
7.9.3 Evolución jurisprudencial sobre la cláusula de imposición al consumidor de los gastos de formalización (régimen anterior a la LCCI) 358
7.10 Tasación del inmueble 362
7.11 Hipotecas especiales (créditos o hipotecas de máximo, multidivisa, subvencionadas y de convenio) 366
a) Créditos hipotecarios o «hipotecas de máximo» 366
b) Hipotecas multidivisa 368
c) Hipotecas subvencionadas 372
d) Hipotecas de convenio 372
7.12 Intereses 373
7.12.1 Intereses ordinarios o remuneratorios 373
7.11.2 Primera liquidación de intereses 377
7.12.3 Cálculo de las cuotas 382
7.12.4 Intereses bonificados 384
7.12.5 Año comercial-año civil 386
7.12.6 Cláusulas suelo 387
7.12.7 Intereses de demora 389
7.12.8 Falta de comunicación de revisión del tipo de interés 391
7.12.9 Reliquidación 392
7.12.10 Tasa anual equivalente (TAE). Especialidades de la Ley 5/2019 393
7.13 Comisiones 395
7.13.1 Comisión de apertura 395
7.13.2 Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo 396
7.13.3 Gastos por reclamación de posiciones deudoras 396
7.13.4 Comisión por emisión de certificado de cancelación económica de la deuda. Cancelación registral de la hipoteca 396
7.13.5 Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada (reembolso total o parcial) o cancelación 398
Concepto 399
Regímenes aplicables a las amortizaciones anticipadas: comisiones y compensaciones 399
Régimen de compensaciones de la Ley 5/2019 401
Anteriores regímenes de compensaciones y de comisiones máximas 403
7.13.6 Comisión por subrogación de deudor 406
7.14 Subrogación por cambio de deudor 407
7.14.1 Información que se ha de facilitar 407
7.14.2 Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor 407

7.15 Subrogación de entidad acreedora 411
7.15.1 Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora 412
7.15.2 Discrepancias en las condiciones de subrogación por parte de la nueva entidad acreedora 414
7.15.3 Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación 414
7.15.4 Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación 416
7.15.5 Demora en la entrega de la oferta vinculante 417
7.16 Productos vinculados y combinados 417
7.17 Cesión y titulización de préstamos hipotecarios 424
7.18 Otros aspectos 429
7.18.1 Reembolso anticipado, total o parcial. Destino 429
7.18.2 Reducción del plazo 430
7.18.3 Reducción del importe de las cuotas periódicas 430
7.18.4 Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo 431
7.18.5 Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo 431
7.18.6 Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas 432
7.18.7 Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin 436
7.18.8 Errores en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados 438
7.18.9 Errores en escrituras públicas 438
7.18.10 Cláusulas de vencimiento anticipado 439
7.18.11 Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria 442
7.18.12 Incidencias en la cancelación registral de hipotecas 443
7.18.13 Incidencias en la cancelación económica de hipotecas 445
7.18.14 Discrepancias en cargos y abonos 447
7.18.15 Modificación improcedente de condiciones pactadas en contratos vinculados a la concesión de la hipoteca 447
7.18.16 Liberación de fincas hipotecadas 447
7.18.17 Actuaciones unilaterales de la entidad 450
7.19 Actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario 451

8 Deudores hipotecarios sin recursos 452
8.1 Introducción 452
8.1.1 Evolución normativa 455
8.1.2 Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas 456
8.1.3 Medidas del Código de Buenas Prácticas 457
8.2 Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas 459
8.2.1 Ámbito subjetivo 459

Umbral de exclusión 459
La unidad familiar 466
Deudores hipotecarios en distinta unidad familiar 468
Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores 470
8.2.2 Ámbito objetivo 471
La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad 474
8.3 Tramitación 474
8.3.1 Publicidad 474
8.3.2 Solicitud del cliente y respuesta de la entidad 476
8.3.3 Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas 477
Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias 478
Medidas complementarias: la quita 486
Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual 486
Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual 488
Otras ventajas 491
La limitación de los intereses moratorios 491
Ventajas fiscales y notariales 492
8.3.4 Solicitud de aplicación por segunda vez de las medidas del Código de Buenas Prácticas (CBP) 494
8.4 Responsabilidad del deudor, tipos infractores y actuación supervisora 495
8.4.1 Responsabilidad del deudor y tipos infractores 495
8.4.2 Actuación supervisora del DCE 497
8.5 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas 500

9 Moratorias hipotecaria y no hipotecaria COVID-19 502
9.1 Moratoria legal 502
9.2 Moratoria sectorial 508
9.3 Ampliación del plazo inicial de solicitud de moratorias 513
9.4 Moratorias relativas a determinados sectores de actividad: turismo y transporte por carretera 514
9.5 Supuestos analizados 516

10 Avales y garantías 518
10.1 Introducción 518
10.2 Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología 519
10.3 Problemática habitual y criterios generales para su análisis 521
10.4 Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas 526

11 Expedientes de testamentaría 528

11.1 Procesos sucesorios 528

11.1.1 Deber de diligencia 534

11.1.2 Derecho de información sobre las posiciones del causante 535

Legitimidad para solicitar información 535

Acreditación de la condición de heredero 536

Alcance del derecho a la información del heredero 540

Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas 540

Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio 542

Entrega de contratos a herederos 543

11.1.3 Comisiones por la entrega de información a herederos 543

Certificado de posiciones 544

Movimientos posteriores al fallecimiento 544

Movimientos anteriores al fallecimiento 544

11.1.4 Exigencia de la petición de tramitación de testamentaría junto con la solicitud del certificado de posiciones u otra información 545

11.1.5 Aceptación de la herencia 546

11.1.6 Partición y adjudicación de bienes 547

Modalidades de partición de herencia 547

Contenido del documento particional 552

Revocación del documento particional 554

11.1.7 Impuesto sobre sucesiones 555

11.1.8 Formas de disposición de los fondos 557

11.1.9 Comisión por tramitación de testamentaría 559

11.1.10 Derechos de los legatarios y usufructuarios 563

Legatario 564

Información al legatario 566

Disposición de fondos por el legatario 567

Usufructuario 567

Usufructo de dinero o cuasiusufructo 568

Cautela sociniana o cláusula socini 569

11.2 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento de un cliente bancario 570

11.2.1 Cuentas corrientes 571

Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente 571

Disposiciones de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular 573

Cuentas con un único titular 574

Cuentas con varios titulares 575

Régimen de disposición indistinto o solidario 575

Régimen de disposición conjunto o mancomunado 578
Cuentas con varios titulares fallecidos 579
Cancelación de la cuenta 579
Comisión de mantenimiento de la cuenta desde el fallecimiento hasta la cancelación 580
Baja de la cuenta de cotitular fallecido 581
11.2.2 Depósitos a plazo 581
11.2.3 Préstamos hipotecarios y otras deudas 582
11.2.4 Cajas de seguridad 583

1 Depósitos o cuentas bancarias. Introducción y aspectos comunes

Entre los servicios bancarios que prestan las entidades de crédito se encuentra, como uno de los más característicos, la captación de fondos de los clientes, esencialmente en forma de depósitos reembolsables. Estos depósitos pueden ser de dos tipos: depósitos a la vista (cuentas de pago y de ahorro) o depósitos a plazo, dependiendo de la disponibilidad de los fondos depositados y de si se presta o no a través de la cuenta el servicio de caja, esto es, de si la entidad realiza pagos y cobros en nombre y por cuenta del cliente.

1.1 Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación

En nuestro ordenamiento jurídico, es norma general que toda persona tiene capacidad jurídica, es decir, capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones. Para ser titular de una cuenta se necesita, además, tener capacidad de obrar, aptitud que se presupone para todas las personas mayores de edad, salvo las excepciones a las que nos referiremos.

Las entidades de crédito, cuando aceptan el depósito de fondos de sus clientes en las cuentas que estos suscriben, han de cumplir, entre otras, una serie de obligaciones derivadas de las normas de transparencia bancaria y de prevención del blanqueo de capitales.

1.1.1 Cuentas de personas con discapacidad

Las entidades han de partir de la presunción de la capacidad de obrar de quienes pretenden abrir una cuenta. Por ello, en general, para la apertura o disposición de una cuenta bancaria es suficiente con que la persona sea mayor de 18 años (o mayor de 16 años si estuviese emancipada).

No obstante, existen situaciones especiales que determinan que las personas mayores o emancipadas con discapacidad necesiten medidas de apoyo, o incluso que alguien asuma su representación. En estos supuestos, para llevar a cabo la apertura o la disposición de fondos de un depósito, la entidad tendrá que adecuar su actuación al contenido de la sentencia en que se establecen los actos para los cuales la persona con discapacidad necesitará de asistencia y aquellos otros que,

de forma excepcional, la persona con discapacidad solo podrá realizar mediante representación[1].

En ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España (en adelante, DCE o «este Departamento») que las entidades no habían actuado con diligencia, porque habían permitido disponer de fondos a personas que, en su opinión, no estaban capacitadas para efectuar actos de disposición, ya fuese por razón de su avanzada edad o por padecimiento de alguna enfermedad. El DCE ha venido señalando que, de conformidad con lo establecido en el Código Civil, se presume la capacidad de obrar salvo que, mediante escritura pública o sentencia judicial, se establezca lo contrario, y, en general, no ha apreciado mala práctica cuando se ha permitido disponer al titular de la cuenta si la entidad en el momento de la disposición no tenía conocimiento de la existencia de informe médico, documento o sentencia de los que resultara que la persona titular no estuviera en condiciones de actuar por sí sola.

En el expediente R-202118894, el reclamante discutía que se hubiera permitido la apertura de una nueva cuenta bancaria a su madre, e indicaba que esta, según distintos informes, tenía completamente alteradas sus capacidades contractuales y sus habilidades económico-jurídicas. Manifestaba que conoció el hecho al detectar un movimiento de transferencia entre dos cuentas de las que su madre era titular, y presentaba informes y certificado médico a la entidad para que lo subsanara. El DCE consideró ajustada a las buenas prácticas bancarias la actuación de la entidad por entender que, no habiendo sido presentada declaración de discapacidad de la titular de la cuenta con anterioridad a la fecha de los hechos, resultaba comprensible que la entidad partiera de la presunción de la capacidad de obrar de su clienta.

1.1.2 Cuentas de menores de edad

Los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y solo pueden realizar válidamente negocios jurídicos, como la apertura y las disposiciones de cuentas bancarias, a través de sus representantes legales. Por regla general, los legítimos representantes de los hijos menores no emancipados[2] son sus padres o progenitores, pues ostentan la patria potestad[3].

---

1 El 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Su exposición de motivos explica que el núcleo central de esta regulación deja de ser la incapacitación de la persona y/o la modificación de su capacidad, para centrarse en el apoyo a la persona que lo precise, y solo cuando el apoyo no pueda darse de otro modo se podrá concretar en la representación en la toma de decisiones. También advierte de que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad lo requiera, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación.

2 Salvo que nos encontremos ante actos relativos a derechos de la personalidad que el menor pueda realizar por sí mismo, aquellos en los que exista conflicto de intereses o los relativos a determinados bienes que quedan excluidos de la administración paterna, de acuerdo con lo establecido en la ley.

3 Los padres o progenitores pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia judicial.

En consecuencia, los padres o progenitores pueden abrir cuentas bancarias a nombre de sus hijos y efectuar ingresos, reintegros y demás actos dispositivos sobre ellas. Dichos actos podrán ser realizados por ambos progenitores o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Una vez que el menor titular de la cuenta alcanza su mayoría de edad, expira la condición de representante legal de quienes ostenten la patria potestad, y, si la entidad permitiera a estos efectuar disposiciones con cargo a la cuenta, tal actuación sería considerada contraria a las buenas prácticas bancarias.

En defecto, o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

En ocasiones, las reclamaciones planteadas ante el DCE surgen 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, este Departamento ha señalado que corresponde a los jueces y a los tribunales de justicia determinar el alcance de lo acordado.

No obstante, hasta que dicha controversia fuera resuelta por la autoridad judicial, resultaría conforme a las buenas prácticas el que, cuando persistan las discrepancias entre los progenitores que cursan órdenes contradictorias, las entidades adoptaran alguna medida cautelar en espera del pronunciamiento judicial que resolviera el conflicto; por ejemplo, requerir el consentimiento de ambos progenitores para efectuar operaciones con cargo a la cuenta.

En el expediente de reclamación R-202114639 se discutía la cancelación de una cuenta con dos cotitulares indistintos, una menor de edad y su padre. Este último habría instado la cancelación y habría dispuesto de todo el saldo, sin conocimiento ni consentimiento de la progenitora de la menor. La entidad, en sus alegaciones, reconocía que la madre ostentaba la representación de la menor, quien manifestaba que no tenía contacto con su padre. El DCE recordó a la entidad que, siendo conocedora de la existencia de desavenencias familiares entre los cotitulares de la cuenta (padre e hija), en buena práctica bancaria, debió tener una actuación neutral y, no constando pacto específico para que la cuenta pudiera ser cancelada por un solo cotitular indistinto, para la cancelación se debería haber recabado el consentimiento de ambos, no solo del padre, sino también de la menor, a quien le representaba su madre, titular de la patria potestad. Por permitir la cancelación

a un solo cotitular, se apreció en la actuación de la entidad vulneración de las buenas prácticas bancarias.

También se apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en el expediente R-202116797, en el que una persona discutía que le hubieran dado de baja como autorizado en una cuenta cuya titularidad correspondía a su hija menor. Afirmaba que la baja era un acto comprendido en la patria potestad y que deberían haber recabado su autorización. La entidad alegaba que en la cuenta de la menor constaba como representante legal la madre, que fue quien firmó tanto el alta como la baja del reclamante como autorizado. El DCE recordó que, no existiendo prueba en contrario, debía partirse de que los dos progenitores de la titular menor ostentaban su patria potestad y su representación legal, y la entidad, al abrir la cuenta, debería haber tenido en cuenta la condición de menor de la titular, reconociendo al progenitor la condición de representante legal, no de simple autorizado. Y concluyó apreciando mala práctica bancaria no solo por nombrar al padre como simple autorizado en el momento de la apertura, sino también porque se permitió la baja de este como autorizado a petición de la otra progenitora, sin constar acreditada ningún tipo de limitación a la patria potestad.

1.1.3 Cuentas de personas jurídicas

Para la apertura de un depósito a nombre de una persona jurídica, la entidad de crédito debe requerir, con carácter previo, los correspondientes poderes, con el fin de proceder a su bastanteo, y establecer quién y en qué condiciones —si existe un régimen de administración solidaria o mancomunada— puede actuar en nombre de la sociedad. Debe, además, actualizar periódicamente dicha información, siendo recomendable que la sociedad, en su propio beneficio, comunique a la entidad, de manera inmediata, cualquier modificación en su representación.

Si en una asociación se plantean discrepancias sobre la validez de acuerdos adoptados en juntas de socios, o sobre la legitimidad de nombramientos de cargos directivos, el DCE ha recordado que solo los jueces y los tribunales de justicia son competentes para resolver tales cuestiones y que, en caso de conflicto, mientras los jueces y los tribunales no se manifiesten, cualquier discrepancia entre los miembros de la asociación no puede ocasionar el bloqueo de la cuenta o la paralización de la actividad, y las entidades deben actuar con prudencia —pero también con neutralidad— ante los distintos intereses en juego.

1.1.4 Cuentas de comunidades. Especial referencia a las comunidades de propietarios

Las comunidades de bienes, como las comunidades de propietarios, aunque son entes sin personalidad jurídica, cuentan con plena capacidad de obrar en el tráfico

jurídico. Por ello, el DCE considera que no existe impedimento alguno para que una comunidad pueda ser titular de una cuenta.

Comunidades de bienes

La apertura, disposición y administración de la cuenta de la comunidad de bienes las pueden realizar los apoderados o autorizados designados por los comuneros, 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. Para la administración y mejor disfrute de la cosa común, a falta de pacto en otro sentido, el artículo 398 del Código Civil exige acuerdo de la mayoría de los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

Los autorizados por los comuneros son también quienes, en representación de la comunidad, pueden presentar reclamación ante su entidad o ante el DCE.

Comunidades de propietarios

Mayor incidencia presentan las reclamaciones de comunidades de propietarios. En comunidades de esta naturaleza se ha de partir de que, de conformidad con el artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), la representación legal en todos los asuntos que afecten a la comunidad, en juicio y fuera de él, corresponde al presidente, nombrado entre los propietarios, por acuerdo de la junta.

Por esa razón, el presidente es quien puede plantear quejas o reclamaciones ante el DCE en nombre de la comunidad. Para ello, debe acreditar su cargo, aportando el acta de la junta que lo designó.

Respecto de la posibilidad de que el administrador sea quien presente reclamación en nombre de la comunidad de propietarios, hay que indicar que, con carácter general, esta facultad no se encuentra entre las que otorga al administrador el artículo 20 de la LPH. El administrador solo podrá ejercer esta representación cuando le hubiese sido atribuida expresamente por la junta, hecho que deberá acreditar presentando el acta en la que se refleje esta decisión.

Los siguientes temas se repiten en las reclamaciones en este ámbito:

i) Legitimidad del presidente y cambio de autorizados en la cuenta

   Se han presentado reclamaciones cuyo motivo es que la entidad no reconoce como legítimo a un presidente, a pesar de que aporta un acta

que contiene su nombramiento. Otras guardan relación con cambios en las personas designadas para representar a la comunidad, o de las autorizadas para la apertura y disposición de las cuentas, o con discrepancias en el seno de la comunidad sobre la legitimidad de unas y otras para ostentar su representación y hacer disposiciones de fondos. En estos casos, la operativa bancaria habitual de las comunidades puede verse afectada.

El DCE ha manifestado que las entidades deben valorar los documentos que se le entreguen, para acreditar el nombramiento o cambio de apoderados o autorizados en la cuenta de la comunidad, con la máxima diligencia, a la luz de la LPH, y, en su caso, de los estatutos de la comunidad de propietarios. Este Departamento también ha advertido de que las situaciones de conflictos internos de las comunidades de propietarios son ajenas a la actividad de las entidades de crédito y de que la entidad, en última instancia, debería actuar prudentemente y en defensa de los intereses de la comunidad de propietarios, que es su cliente. Asimismo, se ha indicado que solo el pronunciamiento de los tribunales de justicia puede establecer la validez de los acuerdos de la junta de propietarios y la legitimidad de los cargos directivos de la comunidad, excediendo las competencias del DCE la determinación de estas cuestiones.

ii) Posibles medidas de cautela de la entidad

El DCE ha manifestado que, de persistir discrepancias entre comuneros, no resulta contrario a las buenas prácticas bancarias la adopción de medidas de bloqueo, comunicándolas a los interesados.

Pero también hemos manifestado que resultaría contrario a los intereses de la comunidad de propietarios que su actividad bancaria pudiera ser automáticamente entorpecida por la mera expresión de cualquier discrepancia, incluso la efectuada por uno solo de los comuneros. Entendemos que, cuando se ponga de manifiesto un posible conflicto, resulta necesario que las entidades valoren el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, de modo que exista una razonable adecuación entre estas y las eventuales limitaciones operativas que adopten. Todo ello sin perjuicio de lo que pudiera decidir con posterioridad, al respecto, el órgano jurisdiccional que resultase competente.

Además, el DCE considera que las posibles medidas de bloqueo o las limitaciones operativas adoptadas en caso de conflicto, en general, no deberían afectar a pagos ordinarios o a los que, por su naturaleza, sean necesarios para el funcionamiento normal de la comunidad.

También se ha planteado la posible expiración de la vigencia de los cargos representativos, al no ser posible la celebración de juntas por la pandemia y entenderse decaídos los nombramientos de los órganos de gobierno por el transcurso de un año (art. 13.7 de la LPH)[4]. El criterio conjunto del Banco de España y del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Sepblac) es que se aconseja que en estas situaciones extraordinarias los cargos se entiendan tácitamente prorrogados[5]. Por ello, la adopción de medidas restrictivas solo se consideraría procedente en tanto concurrieran razones para pensar que tales cargos podrían haber sido revocados o se ha procedido al nombramiento de otros nuevos, o si existieran discrepancias significativas al respecto en el seno de la comunidad afectada.

1.1.5 Cuentas de no residentes

Las entidades deberán hacer constar la condición de no residente del titular de la cuenta o del 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 queda, además, obligada a requerir al titular de la cuenta de que se trate para que, en el plazo de 15 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 del Interior con una 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 (debe ser requerido cada dos años 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 el DCE reclamaciones de clientes no residentes motivadas por el bloqueo, por parte de la entidad, de sus cuentas durante determinado período, con perjudiciales consecuencias, al no poder recibir y ordenar las operaciones de

4 Una excepción al régimen del derecho común se encuentra en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que establece en su artículo 553-15-1 a 553-15-4, apartado 4, dentro de la regulación del «Régimen jurídico de la propiedad horizontal», que «los cargos son reelegibles, duran un año y se entienden prorrogados hasta que se celebre la junta ordinaria siguiente al vencimiento del plazo para el que se designaron».

5 El capítulo II del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma, establece una serie de medidas extraordinarias aplicables a las juntas de propietarios de las comunidades en régimen de propiedad horizontal; entre ellas, la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2021 de los nombramientos de los órganos de gobierno, aunque a la entrada en vigor del presente real decreto-ley hubiera expirado el plazo legal o estatutariamente establecido.

pago habituales. Cuando la entidad acredita que el bloqueo obedece a la falta de cumplimentación de la declaración de residencia fiscal que había vencido, en principio, el bloqueo no se considera apartado de las buenas prácticas bancarias, pero para ello es necesario demostrar que se efectuó una comunicación al titular sobre la circunstancia del bloqueo y sus causas, y que fue advertido con antelación suficiente de que, si no remitía la declaración de residencia fiscal firmada, se procedería a dicho bloqueo.

1.2 Publicidad de los depósitos

Desde que entró en vigor la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, no existe autorización previa de la publicidad, sino control posterior por parte del Banco de España. La Circular del Banco de España 4/2020, de 26 de junio, incluye un anejo con los principios y criterios a los que debe ajustarse la publicidad de productos y de servicios bancarios.

Ante determinadas reclamaciones en las que se pretende que el DCE emita un pronunciamiento acerca del alcance de algunas campañas comerciales de las entidades referidas a las condiciones aplicables a ciertos depósitos y, en definitiva, que se interpreten 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, procede señalar:

— En relación con el contenido de los anuncios publicitarios de los depósitos, la publicidad referida a servicios bancarios debe ser clara, equilibrada, objetiva y no engañosa, con lenguaje sencillo y fácil de comprender, evitando información ambigua, sesgada, incompleta, contradictoria o confusa, y sin omitir información necesaria para que el destinatario pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa. Debe indicarse el carácter publicitario del mensaje cuando no resulte evidente por el contexto. Además, la publicidad que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras, como comisiones o gastos aplicables, o haga referencia a su coste o rentabilidad para el público deberá expresar dicho coste o rentabilidad en términos de tasa anual equivalente (TAE), mediante un ejemplo representativo determinado de forma clara, concisa y destacada. A la TAE se le dará relevancia frente al tipo de interés nominal (TIN), de forma que capte la atención del público. Cuando exista remuneración en especie, debe indicarse expresamente que está sujeta a tributación, y advertir de que no existe remuneración en efectivo. La valoración del producto, a efectos del cálculo de la TAE, debe ser la que resulte de la legislación tributaria. Tanto la retribución en efectivo —si la hubiese— como la retribución en especie deben tenerse en cuenta para el cálculo de la TAE.

— El Banco de España tiene la potestad administrativa de requerir a la entidad financiera emisora de la oferta la cesación o la rectificación de la publicidad financiera que no se ajuste a la normativa.

— Si se estimara que las piezas publicitarias o las comunicaciones promocionales cuestionadas pudieran hallarse incardinadas en los supuestos previstos por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, 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 debe dirimirse ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, según la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, en la publicidad de depósitos (a la vista, de ahorro y a plazo) ocupará un lugar destacado la información sobre el nivel de riesgo y liquidez, y será una información estandarizada, fácilmente comprensible y visual, que clasifique los productos con una escala de colores y numérica —o solo numérica— para advertir sobre su posible riesgo, liquidez y complejidad, y sobre la identidad y la cobertura máxima del fondo de garantía de depósitos al que la entidad esté adscrita.

1.3 Obligaciones de identificación según la normativa de 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 —en concreto, el art. 3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril (en adelante, LPBC o Ley 10/2010)—, bajo el título «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».

Así, la normativa vigente contiene las obligaciones a cargo de las entidades relativas a la identificación de los clientes y a la conservación de los documentos fehacientes relativos a tal identificación. A tal efecto, la norma que desarrolla reglamentariamente la LPBC[6] establece qué documentos se considerarán fehacientes, para personas tanto físicas como jurídicas, a efectos de la identificación formal requerida.

6 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.

Adicionalmente, la normativa exige a las entidades la adopción de medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, a fin de garantizar, entre otras cuestiones, que los documentos, los datos y la información de los que se dispone se encuentren actualizados.

En consecuencia, el hecho de que las entidades se abstengan de mantener relaciones de negocio o procedan a la adopción de medidas restrictivas en las cuentas de sus clientes, incluidos el bloqueo o la cancelación de estas, en los casos en los que consideren que los intervinientes no han sido debidamente identificados no se considerará contrario a las buenas prácticas bancarias.

1.4 Información al público sobre comisiones, intereses y tipos de cambio

1.4.1 Comisiones e intereses. Documento informativo de las comisiones: información pública y sitio web de comparación

La normativa de transparencia[7] establece que las comisiones y los intereses aplicables a los servicios bancarios (entre ellos, los depósitos) serán los que libremente se pacten 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 deben cumplir con una serie de obligaciones de información pública en relación con las comisiones e intereses[8].

Con carácter general, las entidades deben publicar —en todos sus establecimientos comerciales, en sus sitios web y en el sitio web del Banco de España—, y actualizar con periodicidad trimestral, los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela, pero no de servicios asociados a cuentas de pago, que, como veremos a continuación, se incluirán en otro documento específico.

Desde abril de 2019[9], las entidades que ofrezcan cuentas de pago deben entregar gratuitamente, a clientes y potenciales clientes (personas físicas consumidoras), antes de la contratación de la cuenta, un documento estandarizado, en papel o en otro soporte duradero, denominado «Documento informativo de las comisiones»

7 Artículos 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en relación con la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio.

8 Circular del Banco de España 5/2012, anejos 1 y 2, en vigor desde el 1 de enero de 2013.

9 De conformidad con la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, por la que se regulan los requisitos del Documento Informativo de las Comisiones, del Estado de Comisiones y de los sitios web de comparación de cuentas de pago (que desarrolla el Real Decreto-ley 19/2017).

(DIC), por cada cuenta que ofrezcan. Este documento debe contener en la parte superior el título «Documento informativo de las comisiones» y un símbolo específico que lo diferencia de otros documentos, debe ser breve y de fácil lectura, e incluir los servicios más representativos asociados a la cuenta (publicada por el Banco de España y en el anejo 1 de la circular), junto con las comisiones (y en su caso, tipo de interés) asociadas a tales servicios. Su finalidad es que cualquier persona, antes de contratar una cuenta, pueda conocer y comparar las comisiones de todas las cuentas de pago de forma fácil y, con esa información, elegir la que más le convenga.

El DIC también se debe publicar en lugar destacado en los establecimientos comerciales y sitios web de cada entidad.

El Banco de España ha desarrollado en Internet un comparador de comisiones de cuentas bancarias que permite cotejar las distintas comisiones que las entidades financieras ofertan a sus posibles clientes, a partir de la información que ellas mismas facilitan mediante el DIC antes de la formalización del contrato. En este documento, la entidad informa a potenciales clientes sobre las comisiones que aplica por la utilización de los principales servicios asociados a cada cuenta, y permite comparar las comisiones entre cuentas, de la misma entidad o de otra.

Otra herramienta de utilidad (en este caso, para el cálculo de intereses) es el simulador de intereses en depósitos que ofrece el Portal del Cliente Bancario.

1.5 Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden EHA/2899/2011), recoge en su artículo 8.1 los requisitos que toda comunicación, referida a cualquiera de los servicios bancarios, debe cumplir: ser clara, fiel, transparente y suficiente, sin ocultación de los riesgos inherentes y sin omitir o desnaturalizar ninguna información relevante.

1.5.1 Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados

Con motivo de cada liquidación de los intereses o de las comisiones que aplican a los depósitos, las entidades facilitarán a sus clientes un documento en el que 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 (apartado 3 del mismo art. 8).

Asimismo, en determinados casos que indica 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 (en adelante, Circular 5/2012), deberá reflejarse el rendimiento (o coste cuando se trate de operaciones de activo) efectivo remanente de la operación. La referida circular ha establecido modelos normalizados de liquidaciones en su norma undécima y en su anejo 4.

1.5.2 Resumen anual de comisiones e intereses y estado de comisiones

Las entidades de crédito deben remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero, una comunicación que, de manera completa y detallada, recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados, y las comisiones y los gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior. Las comisiones y los tipos de interés por servicios asociados a las cuentas de pagos no se incluirán en el resumen anual, sino que, como desarrollaremos a continuación, se incluirán en un documento separado denominado «Estado de comisiones».

El resumen anual, que debe ajustarse al modelo establecido en el anejo 5 de la Circular 5/2012, en caso de operaciones atribuibles a más de un cliente, ha de comunicarse de forma individualizada a cada uno en lo que respecta a las operaciones que les afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación; asimismo, debe indicarse el número total de cotitulares.

Las entidades, además, deben facilitar a los titulares de cuentas de pago el documento normalizado denominado «Estado de comisiones», también en enero de cada año, gratuitamente, uno por cada cuenta de pago que el cliente tenga contratada, que debe ser de fácil lectura y de letra de tamaño legible. Este documento estará encabezado con su título y un símbolo común, que lo diferenciará de otros documentos, e incluirá todas las comisiones aplicadas durante el año natural anterior por los servicios asociados a cada cuenta de pago, con importes unitarios y totales y el número de veces en que se utilizó el servicio, y también los tipos de interés, acreedor y de descubierto, aplicados al saldo de la cuenta, y el importe total de los intereses (acreedores y por descubierto) devengados ese año.

1.6 Embargos de saldos depositados en las entidades

Las entidades bancarias, con carácter general, solo están legitimadas para anotar cargos en una cuenta, o para disponer de las cantidades depositadas en ella, cuando su titular les haya otorgado autorización expresa para ello. Como excepción, pueden anotar adeudos en virtud del mandato legal o judicial que, con las pertinentes formalidades, así lo dispusiera.

El embargo del saldo de cuentas o depósitos es el procedimiento más utilizado por la Administración para cobrar deudas tributarias o de la Seguridad Social. También se usa para la ejecución forzosa de deudas en vía judicial. Las entidades bancarias actúan, en estos casos, como meros intermediarios entre el órgano o autoridad embargante y el deudor, limitándose a cumplir las instrucciones emanadas del primero. Tienen el deber de colaborar, cumpliendo las órdenes o diligencias de embargo en sus justos términos, ajustándose al procedimiento que establece la propia ley, que, como detallamos más adelante, es distinto si el embargo se ordena en el curso de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial.

Con ocasión de las reclamaciones presentadas por titulares de los depósitos afectados por una orden de embargo, este Departamento ha considerado necesario recordar que resulta imprescindible que las entidades aporten al expediente de reclamación: i) la orden de embargo (si se trata de embargo telemático, al menos impresión de pantalla informática o documento que proporcione el detalle de las operaciones practicadas donde figuren expresamente el órgano emisor, la fecha y los términos de la orden), y ii) la comunicación al cliente de la retención que se deriva de dicha orden. Además, cuando se trate de embargos ordenados por una autoridad administrativa, las entidades bancarias deberían acreditar que el adeudo en cuenta lo hicieron respetando el plazo previsto en la normativa (10 o 20 días, como se verá a continuación), para que el interesado pueda ejercitar ante el organismo embargante los derechos o las acciones correspondientes.

Sobre el embargo de saldos de cuentas corrientes, este Departamento ha considerado conveniente precisar lo siguiente:

Sin perjuicio de que el procedimiento debe ser comunicado al deudor por la autoridad administrativa o judicial que ha ordenado el embargo, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, las entidades también deberían comunicar a sus clientes las órdenes de embargo que reciben de forma inmediata (en cuanto las reciben y practican la retención del saldo correspondiente), para permitirles ejercer ante la autoridad embargante, en los breves plazos señalados al efecto, los derechos que la ley les confiere para oponerse a su ejecución.

Si este Departamento siempre ha recomendado vivamente a las entidades que comuniquen de inmediato a los titulares de cuenta las retenciones por embargo, más aún lo ha hecho: i) en los casos en que, por el relato del reclamante, se puede deducir que el saldo de la cuenta procede de ingresos que, por su naturaleza y cuantía, según el mandato del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (al que luego aludiremos), son inembargables, y ii) en supuestos de embargos ordenados por una autoridad judicial, debido a que habitualmente son muy breves los plazos que transcurren desde la retención hasta que el juez o el tribunal ordenan que la entidad transfiera el saldo retenido.

Una vez practicada la retención o traba del saldo, la operativa de la cuenta podrá continuar con su funcionamiento habitual, pues no se encuentra inmovilizada, pudiendo el ejecutado disponer del saldo disponible restante, si existiera.

La retención o traba del saldo supone que la cantidad retenida siga apareciendo en la cuenta, aunque el titular no pueda disponer de ella. Las cantidades que se ingresasen en la cuenta con posterioridad a la retención quedarían libres de la retención (salvo que, en caso de orden judicial, esta dispusiera otra cosa).

Si en la cuenta afectada por el embargo se efectúa habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberían tenerse en cuenta las limitaciones establecidas en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de forma que aquellos solo podrían embargarse con los límites que establece esta norma y en la parte que exceda del salario mínimo interprofesional (SMI). La normativa tributaria considera sueldo, salario o pensión el importe ingresado en la cuenta por esos conceptos en el mes en el que se practica el embargo o, en su defecto, en el mes anterior. La carga de la prueba recae sobre el deudor, quien, para oponerse al embargo o pedir su nulidad, debería acreditar ante el órgano embargante que el saldo de su cuenta bancaria proviene única y exclusivamente de sus percepciones salariales o de su pensión. Podría exigirse a las entidades bancarias que, si sus clientes les señalan la concurrencia de las condiciones para considerar aplicables estas limitaciones, desarrollen alguna actuación frente al organismo embargante para advertirle de ello, pero aquellas no serían, en ningún caso, responsables del resultado de tal actuación.

El embargo ha de efectuarse exclusivamente sobre bienes del deudor, por lo que, si la cuenta corriente se hubiera abierto a nombre del ejecutado y de otras personas con régimen de disposición indistinto, la dificultad radicaría 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. Ahora bien, si el embargo solo se dirige a uno de los titulares de la cuenta, debe partirse de la separación entre el régimen de disposición de la cuenta y la propiedad de las cantidades depositadas. La normativa tributaria y de la Seguridad Social establece, para casos de embargos ordenados por dichas Administraciones Públicas, la presunción de que los saldos de las cuentas pertenecen a partes iguales a cada titular (al margen del régimen de disposición pactado). El cotitular no deudor puede presentar tercería de dominio para oponerse al embargo de las cantidades de las que pueda demostrar su propiedad en exclusiva (véase a este respecto lo establecido en relación con los embargos judiciales).

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 impugnarlas. No podrá discutir la procedencia de la deuda que se reclama a sus

clientes (cuestión que tan solo puede ser discutida por el deudor principal en el respectivo procedimiento, judicial o administrativo).

Cuando los reclamantes solicitan que se interprete el contenido de la orden o mandato o su extensión, este Departamento señala en sus informes que carece de competencias para ello, o para determinar que debería prevalecer la interpretación de una de las partes sobre la que realiza la otra, pues para dicha interpretación solo resulta competente, en su caso, el propio organismo ordenante del embargo, su superior jerárquico o los órganos jurisdiccionales competentes.

En el expediente R-202121407, el reclamante discutía la ejecución de una orden de embargo antes de que hubiera agotado todas las vías de defensa. Consideraba que debería devolverse la cantidad retenida hasta que finalizara su derecho a reclamar contra el embargo, que, según decía, estaba originado por una denuncia de tráfico injusta, o hasta que la orden fuera firme o se levantara el embargo. El DCE recordó que la entidad bancaria tenía obligación de acatar la orden recibida y no podía opinar sobre la procedencia de la orden de embargo ni sobre el momento en que debía ejecutarse; también recordó que el reclamante debía acudir ante la autoridad que lo ordenó, o ante cualquier otra superior competente, para discutir la ejecución de la orden de embargo o pedir su suspensión. No se apreció, por tanto, en la actuación de la entidad, por ejecutar la orden de embargo, vulneración de las buenas prácticas bancarias.

1.6.1 Embargos por deudas con las Administraciones

En materia tributaria, los embargos del dinero depositado en cuentas abiertas en entidades de crédito se regulan en los artículos 171 de la Ley General Tributaria y 79 y siguientes del Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. La presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta, salvo que se acuerde otra cosa, implicará la retención inmediata —o traba— del importe embargado, si existe en ese momento saldo suficiente, y deberá ser ingresado en el Tesoro transcurridos 20 días naturales desde el día siguiente a la fecha de la retención, si la oficina correspondiente no recibiera 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 en dicha entidad de crédito en la jurisdicción de la administración tributaria ordenante del embargo.

En el expediente R-202113146, el motivo de reclamación era que la entidad había utilizado para cobrar comisiones de mantenimiento y para un cargo por diligencia de embargo del ayuntamiento una ayuda de emergencia social que fue concedida para alimentos y para el pago de la luz. El reclamante afirmaba que ese importe no podía ser embargado porque no superaba el SMI. La entidad no aportó ninguna

documentación para justificar su actuación. Por la escasez de explicaciones y de documentación justificativa sobre el embargo, y porque la entidad bancaria no trabó el saldo existente en cuanto recibió la orden de embargo, sino que permitió que este disminuyese por comisiones, y así la ejecución del embargo ocasionó un descubierto, el DCE consideró que la actuación de la entidad no resultaba ajustada a las buenas prácticas bancarias.

1.6.2 Embargos por deudas con la Seguridad Social

La Ley General de la Seguridad Social y el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social regulan el procedimiento que se debe seguir en caso de embargo de forma muy similar a la normativa tributaria.

Las entidades depositarias tienen el deber de colaborar en el embargo y, si no lo hacen, son responsables solidarias del pago de la deuda hasta el valor de los bienes que se hubieran podido embargar o enajenar (de conformidad con los arts. 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).

El importe de las cantidades retenidas será ingresado en la cuenta determinada al efecto por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), una vez transcurridos diez días naturales desde el día siguiente al de la traba o retención, si la entidad bancaria no hubiera recibido comunicación en contrario del recaudador ejecutivo de la Seguridad Social (art. 96 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

1.6.3 Embargos judiciales

La entidad actúa como mandataria del juzgado o mera intermediaria entre el juzgado actuante y el sujeto embargado, y tiene el deber de cumplir con lo ordenado en el oficio que le sea remitido por dicho órgano judicial (de conformidad con el art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con el art. 591 de la LEC).

Una vez que la entidad financiera recibe la orden judicial de embargo emitida por el juez competente, lo primero que debe hacer es practicar 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 objeto del embargo[10]. Después, en cuanto el juzgado se lo ordene, deberá transferir, sin dilación alguna, la cantidad

10 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.

retenida en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial que se le indique.

El DCE ha recordado que, cuando la actuación de la entidad se ajusta a lo indicado en la orden o diligencia de embargo, no puede ser considerada contraria a las buenas prácticas bancarias. Y ha comprobado que, en ocasiones, el juzgado u órgano judicial decreta embargos que recaen no solo en el saldo existente en ese momento en la cuenta, sino también en los saldos que pudieran existir en el futuro, a partir de la recepción de la orden, algo permitido por la normativa siempre que la orden o diligencia indique una cantidad como límite máximo a embargar (arts. 588 de la LEC 1/2000 y 254 de la Ley 36/2011).

En el expediente R-202104745 se discutía un embargo practicado por orden del juzgado, porque consideraba el reclamante que no era acorde al derecho por recaer sobre el importe de su pensión, que era de importe inferior al SMI. El DCE no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias, no solo porque el reclamante no aportó prueba de que el saldo embargado procediera exclusivamente de una pensión inembargable, sino por entender que la entidad bancaria debía limitarse a cumplir la orden recibida y no podía decidir la paralización del embargo. Se recordó a la parte reclamante que era al propio juzgado embargante a quien debía acudir para obtener la paralización o levantamiento del embargo, o, en su caso, para pedir el reconocimiento de su carácter nulo por recaer en saldo inembargable en virtud de la LEC, y/o la restitución de la cantidad embargada.

2 Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas

2.1 Cuestiones generales

Mediante el contrato de depósito a la vista, se permite al cliente ingresar dinero en una entidad de crédito, que queda obligada a su reembolso cuando el titular lo solicite y, habitualmente (si es una cuenta de pago), a la prestación del denominado «servicio de caja», en virtud del cual la entidad se obliga a ejecutar las órdenes de pagos y cobros a terceros que reciba del titular. De esta forma, la entidad se convierte en mandataria singular de su cliente y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de este.

Tradicionalmente, la entidad solía ofrecer al cliente una remuneración o interés por el dinero depositado en la cuenta, al tipo pactado, y en ocasiones cobraba una comisión fija por las operaciones incluidas en el servicio de caja, si bien, como veremos, en un contexto de tipos de interés bajos o negativos, la situación está cambiando.

Es habitual que el contrato de apertura de cuenta se concierte con duración indefinida y facultad de ambas partes para darlo por terminado en cualquier

momento, si bien para la cancelación debe seguirse el procedimiento establecido en el propio contrato y en la normativa de aplicación.

El Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (RDLSP), 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 en la que se practican diversos adeudos y abonos.

Tanto el RDLSP como la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre (OSP), que lo desarrolla en sus aspectos relativos a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a servicios de pago, se aplican necesariamente a consumidores y a microempresas. Para empresas medianas o grandes (con más de diez empleados y un volumen de negocios anual o balance general que supere los dos millones de euros), es posible pactar la no aplicación, en todo o en parte, del título II del RDLSP («Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco») o de la OSP.

2.2 Cuentas de pago básicas

Son 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 (UE) y las siguientes operaciones de pago en dicha zona: adeudos domiciliados, pagos mediante tarjeta de débito o de prepago y transferencias.

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 (en adelante, RDL 19/2017), 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.

La 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 ella[11], sin que pueda supeditarse su acceso a la adquisición de otros servicios.

11 En particular, la norma se refiere a los consumidores: i) que residan legalmente en la UE, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo; ii) que sean solicitantes de asilo, y iii) que no tengan un permiso de residencia, pero cuya expulsión sea imposible por razones jurídicas o de hecho.

Solo puede ser denegada su apertura por tres motivos: que la apertura de la cuenta sea contraria a los intereses de la seguridad nacional o del orden público; 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, o que el cliente ya sea titular en España de una cuenta en un proveedor de servicios de pago que le permita realizar los servicios que presta la cuenta de pago básica. Por ello, antes de abrir una cuenta de pago básica, la entidad de crédito podrá verificar si el cliente dispone o no de una cuenta en España que le permita realizar los servicios citados; puede basarse a tal fin en una declaración responsable firmada por el propio cliente.

El real decreto-ley fue desarrollado por 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, Orden ECE/228/2019), que entró en vigor el 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 titular de una cuenta de pago básica será de tres 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. Ese importe de tres 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). Si 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 los gastos medios que aplique para cada tipo de operación, que deben ser comunicados trimestralmente al Banco de España y se pueden consultar en el sitio web.

En beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, introduce un régimen gratuito de cuentas de pago básicas, de manera que no se podrá exigir comisión alguna en los casos en los que todos los titulares y autorizados de una cuenta de esta tipología se encuentren en esa situación. La gratuidad se mantendrá durante 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 debe notificar al usuario la pérdida o la prórroga de tal derecho.

Al respecto de lo anterior, véase el recuadro 2.1, sobre la regulación de las cuentas de pago básicas.

Recuadro 2.1

REGULACIÓN SOBRE 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 Europea (UE), 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, definidas como aquellas cuentas de pago, denominadas en euros, abiertas en una entidad de crédito, que permiten 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 y operaciones de pago mediante una tarjeta de débito o de prepago, incluidos los pagos *online* y transferencias, así como 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 UE, aunque no tengan domicilio fijo; ii) sean solicitantes de asilo, y iii) no tengan un permiso de residencia, pero cuya expulsión sea imposible.

Las entidades de crédito podrán denegar el acceso a las cuentas de pago básicas por tres motivos:

— 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;

— su apertura es contraria a los intereses de la seguridad nacional o del orden público, y

— el cliente ya es titular en España de una cuenta.

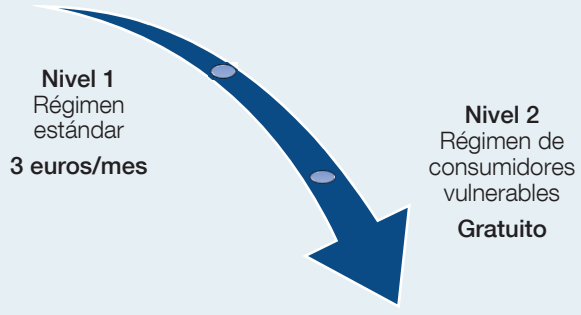
En cuanto al *régimen de comisiones* previsto para este tipo de cuentas, el legislador ha optado por establecer un sistema estructurado en dos niveles, en función del colectivo al que se aplique: *un primer nivel,* de comisión ordinaria, establecido con carácter general para aquellas personas que cumplan 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 tres 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 de prepago) y la realización de hasta 120 operaciones de pago anuales dentro de la UE (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 los 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 del 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 que 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.

Durante el ejercicio 2021, dos temáticas son, en síntesis, las que han dado origen a la problemática de reclamaciones analizada por el Banco de España en relación con este producto regulado:

— Las relacionadas con la denegación de la apertura de cuentas de pago por nuevos clientes. Así, por ejemplo, en el expediente de reclamación R-202117227, la entidad financiera había denegado al potencial cliente el acceso a la cuenta de pago básica por no haber aportado la documentación necesaria de acuerdo con la LPBC[12].

  El DCE señaló que, en el caso del derecho de acceso a la cuenta de pago básica, las posibilidades de actuación de las entidades están acotadas por el RDL 19/2017, que permite la denegación de apertura de la cuenta de pago básica por razones derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales exclusivamente en los casos en los que el potencial cliente no aporte la información requerida por la entidad. En consecuencia, resultaba necesario que la entidad hubiera acreditado el requerimiento de algún tipo de información o documentación que resultara pertinente a los efectos de la norma, según un elemental juicio de proporcionalidad, cuya no aportación determinara la resolución denegatoria. Dado que en este caso la entidad no había facilitado detalle alguno sobre qué documentación o información había dejado de ser aportada por el interesado de entre la que hubiera podido requerirle, el DCE emitió un pronunciamiento contrario a la entidad.

  Si el solicitante acredita encontrarse dentro del ámbito subjetivo de aplicación del RDL 19/2017, la entidad no podrá denegar el acceso a la cuenta de pago básica. En el expediente de reclamación R-202021610, el reclamante aportaba copia de su pasaporte como documento identificativo y cumplía los restantes requisitos exigidos por la normativa, por lo que el DCE concluyó que la actuación de la entidad podría suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria, en concreto de lo dispuesto en el artículo 4 del RDL 19/2017, con respecto a los motivos de denegación de acceso a una cuenta de pago básica, y en el artículo 8 de la Orden ECE/228/2019, con respecto a la obligación de facilitar al cliente o potencial cliente información y asistencia sobre este producto bancario.

— Las relacionadas con la aplicación de las condiciones de resolución de los contratos de cuentas de pago básicas a los clientes de este tipo de producto. Así, en el expediente de reclamación R-202102200, la

12 Véase el recuadro 2.3, donde se describen los casos en los que el DCE se abstendrá de emitir pronunciamiento contrario a la entidad en el supuesto contemplado expresamente en el artículo 4 del mencionado RDL 19/2017.

Recuadro 2.2

CUENTA DE PAGO BÁSICA: ACCIONES DIVULGATIVAS, SUPERVISORAS Y REGULATORIAS DEL BANCO DE ESPAÑA

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, y de su normativa de desarrollo, por la que se introdujo en el ordenamiento el producto regulado «cuenta de pago básica», el Banco de España ha venido recibiendo información, a través de los distintos canales a su disposición, de las dificultades prácticas que algunos clientes o potenciales clientes pueden estar encontrando para ejercitar su derecho al acceso a una cuenta de pago básica.

Para el ejercicio de sus diversas competencias, el Banco dispone de *mecanismos directos de información,* principalmente los derivados de las obligaciones de reporte establecidas en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. También cuenta con la información que genera el sistema de consultas y reclamaciones; asimismo, se han mantenido reuniones con diversas asociaciones, agrupaciones, instituciones y organismos que han querido trasladar incidencias por ellos detectadas en este ámbito.

Las dificultades observadas derivan, por un lado, de su posible colisión con las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, donde las entidades tienen fuertes requerimientos regulatorios de conocimiento de los clientes y de su actividad; por otro, surgen cuestiones derivadas de la interpretación de la norma en su vertiente práctica de aplicación.

En este contexto, durante 2020 el Banco de España ha llevado a cabo diversas *acciones divulgativas (orientadas a los ciudadanos) y supervisoras (orientadas a las entidades), así como colaboraciones institucionales* dirigidas a fortalecer y a garantizar el cumplimiento de la normativa sobre cuentas de pago básicas, en consonancia con el ordenamiento jurídico vigente.

Como ejemplo de las *acciones divulgativas,* cabe citar:

— Los contenidos fijos sobre el producto «cuenta de pago básica», que se contienen y actualizan a través del Portal del Cliente Bancario.

— El vídeo dedicado a este producto, de la serie *El universo financiero,* bajo el título «Planeta Cuenta de pago básica».

— Finalmente, los diversos *posts* publicados en el propio Portal del Cliente Bancario, donde destacan: «¿Quién puede abrir una cuenta de pago básica sin comisiones?», «Cuenta de pago básica. ¿Realizas más de 120 operaciones con tu cuenta?», «¿Tenemos derecho a que nos abran una cuenta?» y «¿Todavía no conoces la cuenta de pago básica?».

En el *plano supervisor,* se ejercen las competencias relacionadas con el debido cumplimiento de esta normativa.

Así, durante el ejercicio al que nos referimos, el Banco se ha dirigido a las entidades más activas en este segmento de producto para recordarles su obligación de disponer de procedimientos internos robustos que garanticen el conocimiento y el cumplimiento en toda la red de la normativa de ordenación y disciplina aplicable a la apertura y operativa de las cuentas de pago, así como de toda aquella relacionada con estos procesos, garantizando la adecuada y efectiva aplicación de la normativa en materia de cuentas de pago, así como la implantación de mecanismos de información a clientes, actuales y potenciales, sobre aquella.

En relación con lo anterior, el Banco de España les ha recordado que puede recabar información puntual de las entidades sobre los procedimientos que tienen establecidos para la comercialización de las cuentas de pago básicas.

En el área de *colaboración institucional,* entre las principales acciones, pueden destacarse:

— El traslado a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional de consultas técnicas de interpretación, así como de las dificultades que encuentran tanto las entidades, en la aplicación práctica de esta regulación, como los ciudadanos, que ven limitado su derecho de acceso a la cuenta de pago básica. Las anteriores cuestiones complican, a su vez, la propia supervisión del debido cumplimiento de la normativa reguladora de dicho derecho.

  En esta línea de trabajo, se ha trasladado, entre otras, la preocupación del Banco de España por las dificultades prácticas relacionadas con la aceptación como válidos de los documentos que acreditan las tres situaciones personales previstas en el artículo 3

Recuadro 2.2

CUENTA DE PAGO BÁSICA: ACCIONES DIVULGATIVAS, SUPERVISORAS Y REGULATORIAS DEL BANCO DE ESPAÑA (cont.)

del Real Decreto-ley 19/2017, esto es: i) la residencia legal en la UE; ii) la condición de solicitante de asilo, y iii) la imposibilidad de ser expulsado por razones jurídicas o de hecho.

— También se ha colaborado con la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional de cara a la elaboración del «informe de evaluación» *del uso realizado por los consumidores de las cuentas de pago básicas,* que dicha secretaría ha de realizar por mandato de las disposiciones adicional tercera del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, y adicional cuarta de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero.

  En dichos trabajos, desde el Banco de España se han identificado diversas áreas de mejora regulatoria.

— También se asiste *a los organismos reguladores y supervisores europeos,* atendiendo puntualmente todos los requerimientos que se reciben sobre estas cuestiones de cara a las potenciales mejoras regulatorias que puedan acometerse para lograr una legislación más clara y equilibrada con los intereses que confluyen en esta materia.

— En cuanto a la colaboración con otros organismos, destaca la respuesta a las consultas recibidas desde la Oficina del Defensor del Pueblo, informándole directamente de la situación actual y de las acciones en materia de cuenta de pago básica que se estaban llevando a cabo. También se ha recordado a dicho órgano que los ciudadanos que observen dudas o problemática concreta a la hora de abrir una cuenta de pago básica puedan plantear su consulta o queja en el marco del procedimiento reglado de reclamaciones, en cuyo seno se analizan las circunstancias particulares de cada ciudadano en lo que a la aplicación de esta normativa se refiere.

entidad había cancelado unilateralmente el contrato de cuenta alegando que no había sido posible determinar si la actuación y la operativa del reclamante cumplían con los estándares exigidos por la normativa de blanqueo de capitales, sin especificar qué documentación o información requerida en el curso de la relación de negocios no le había proporcionado su cliente, o, en su caso, qué actuación y qué operativa le habían impedido cumplir con los estándares exigidos por la citada normativa. El DCE recordó la necesidad de ceñirse a las condiciones de resolución reflejadas en el artículo 6 del RDL 19/2017, concluyendo que la actuación de la entidad podría suponer un quebrantamiento de dicho precepto legal.

2.3 Apertura de cuentas de pago. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia

La apertura de una cuenta requiere el consentimiento expreso y la aceptación de sus condiciones por ambas partes, siempre dentro del principio fundamental de la libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

La normativa establece una serie de requerimientos que las entidades deben observar en la contratación de cuentas de pago de persona física, en concreto:

— La letra que se ha de utilizar en cualquier documento de información al cliente, tanto en fase 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 (2,5 mm de acuerdo con la redacción actualmente vigente de la Ley de Consumidores y Usuarios)[13].

— En toda la información al cliente, contractual, comercial y publicitaria, se debe utilizar terminología normalizada para referirse a los servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago (publicada en el anejo 1 de la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo).

— Para permitir la comparación de comisiones de distintas cuentas en el trámite de su apertura, las entidades comercializadoras deben entregar, a cualquier solicitante de cuenta, un documento estandarizado, el DIC, por cada cuenta que ofrezcan (obligación que introduce el RDL 19/2017 y desarrolla la Circular del Banco de España 2/2019). El contenido de este documento, del que hablaremos más adelante, se utilizará para desarrollar los sitios web de comparación de comisiones.

— Las entidades comercializadoras han de incluir, en sus comunicaciones publicitarias y en la información previa que se debe facilitar al cliente, un indicador del nivel de riesgo y, en su caso, alertas por liquidez y complejidad. Ello de conformidad con la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros *(BOE* de 5 de noviembre), conocida como «orden de los semáforos» u «orden de los números», que clasifica los productos financieros en función de su riesgo mediante una escala de seis colores y seis números (del 1 al 6), que puede ser sustituida por una escala solo numérica. El número 1 o color o categoría de menor riesgo se asigna a los depósitos bancarios a la vista o a plazo en euros, mientras que las cuentas o los depósitos denominados en moneda distinta del euro entrarían en la categoría de mayor riesgo y a estos se les asigna el número 6.

2.3.1 Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas deben diferenciarse de la información precontractual, pues, aunque son complementarias, son cosas distintas. Dado que la normativa (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012) no exige, si bien tampoco excluye, la entrega escrita de las explicaciones adecuadas, estas se facilitarán, normalmente,

13 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, artículo 80.1.b.

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 contemple la prestación de servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, las explicaciones deberán aludir a la existencia del DIC y de la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago.

2.3.2 Información precontractual

Tanto la normativa de servicios de pago como la normativa general de transparencia exigen que, con carácter previo al momento en el que el cliente quede vinculado por el contrato o la oferta, le sea entregada gratuitamente la oportuna información precontractual, de manera que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada sobre cualquier producto bancario.

La información precontractual debe ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y estará redactada en términos fácilmente accesibles y comprensibles, especialmente para las personas con discapacidad, de manera legible y siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal, en castellano o en cualquiera de las lenguas españolas oficiales de las comunidades autónomas en las que se preste el servicio de pago, o en otra lengua acordada entre las partes. Para depósitos o cuentas a la vista, la obligación de información previa podrá ser cumplida proporcionando al cliente un folleto, o bien una copia del borrador del contrato, con todas las condiciones que enumera el artículo 14 de la OSP y que constituyen el contenido mínimo del contrato.

Las entidades deberán entregar al cliente la información y las condiciones del citado artículo 14 con suficiente antelación respecto a la fecha en la que quede vinculado por el contrato marco u oferta, o, si esto no fuese posible porque el contrato se hubiese celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia, inmediatamente después de su celebración.

En el supuesto de que la comercialización de depósitos a la vista u otros productos se acompañe de una recomendación personalizada, las entidades deberán extremar la diligencia en la información y en las explicaciones que facilitan al cliente, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva. 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.

En general, el DCE 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, así como el procedimiento que se implementará para comprobar el cumplimiento, o no, de los requisitos exigidos para la obtención de las condiciones ofrecidas, de modo que estos tengan un conocimiento claro y preciso de las prestaciones que pueden recibir y, con ello, se evite que alberguen falsas expectativas al respecto. En particular, se considera que las entidades deben estar en condiciones de acreditar que entregaron a sus clientes la información precontractual a través de la cual se justificaría que, antes de contratar, el cliente estuvo en condiciones de conocer con exactitud las condiciones o los requisitos que debía cumplir para beneficiarse 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, muchas entidades han desarrollado campañas o programas de captación o fidelización de clientes consistentes en ofrecer a titulares de cuentas a la vista determinadas ventajas (exención de comisiones, bonificaciones, especial remuneración, etc.) siempre que cumplan ciertos requisitos (los más frecuentes: domiciliación de nómina, de pensión o de ingresos recurrentes, domiciliación de recibos, cierto número de pagos con tarjeta, etc.). Así, se han presentado ante el DCE numerosas reclamaciones en las que los clientes, de alguna forma, cuestionaban la exactitud o corrección de las explicaciones facilitadas en la oficina bancaria: en unos casos, mostraban su sorpresa porque, a pesar de que, a su entender, habían cumplido los requisitos acordados con los empleados de la entidad, no se les habían aplicado las ventajas que esperaban obtener; en otros casos, manifestaban expresamente que en la oficina les habían facilitado información o explicaciones poco claras, o engañosas, sobre los requisitos necesarios para disfrutar de especiales condiciones.

En los expedientes de reclamación en los que, de cualquier modo, el reclamante pone 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 con los requisitos necesarios para la aplicación de tales condiciones —bien porque acuse expresamente a la entidad de no informarle correctamente, bien porque su interpretación discrepe de la de la entidad sobre la aplicación a su cuenta de las condiciones o ventajas, o sobre el cumplimiento de los requisitos—, el DCE considera imprescindible que la entidad financiera aporte 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.

Además, el DCE ha considerado que la entidad debe aclarar al cliente, cuando ponga de manifiesto sus dudas al respecto, el motivo por el que no considera aplicable la exención, bonificación o beneficio acordados, o cuáles son los requisitos que no ha cumplido y ocasionan el eventual cobro de comisiones.

Como ejemplo de esta problemática, podemos mencionar el expediente de reclamación R-202115992, en el que un titular de cuenta consideraba indebidas las comisiones cobradas en esta, porque decía que él había cumplido los requisitos para su exención relativos a nómina, a recibos domiciliados y a no retirar efectivo en ventanilla. La entidad alegaba, como motivo para no aplicar la exención, que, según las bases notariales, los clientes en situación de morosidad quedaban excluidos del programa de exención. El DCE consideró la actuación de la entidad apartada de las buenas prácticas bancarias, entre otros motivos, por falta de claridad y explicaciones al cliente acerca de la causa (morosidad) por la que no había aplicado la exención, ya que no aludió a esta ni en la información facilitada ni en su respuesta a la reclamación en la que el cliente decía cumplir las condiciones para obtener la exención, limitándose a contestar que las comisiones eran las pactadas.

Y, en el expediente R-202123164, la parte reclamante discutía dos adeudos efectuados en su cuenta en concepto de comisión de mantenimiento. Afirmaba que, al abrir la cuenta, la entidad le confirmó que no tendría ningún tipo de comisión. La entidad alegaba que el contrato de cuenta, en sus condiciones particulares, establecía la comisión de mantenimiento, con posibilidad de obtener una reducción o exención de esta, y que, durante el período liquidado, la cuenta no había cumplido con ninguno de los requisitos para la reducción o exención. El DCE apreció en la actuación de la entidad posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, porque no acreditó haber entregado al cliente la información con anterioridad a la formalización del contrato.

Documento informativo de las comisiones. Información pública en sitios web de comparación

Con la finalidad de que los clientes puedan comparar fácilmente las comisiones aplicables a distintas cuentas de pago, las entidades que las ofrezcan están obligadas a entregar gratuitamente, a clientes y potenciales clientes, antes de la contratación, un documento estandarizado, encabezado con un símbolo que lo identifica, en papel o en otro soporte duradero, para cada una de las cuentas que ofrezcan.

Este documento debe contener, en la parte superior de su primera página, el título «Documento informativo de las comisiones» y el símbolo común que lo diferencia de otros documentos. Debe ser breve, de fácil lectura, e incluir los servicios más representativos asociados a la cuenta que se ofrecen (los de la lista publicada en el anejo 2 de la Circular del Banco de España 2/2019), con las comisiones asociadas a tales servicios. Su finalidad es que el cliente que quiera abrir una cuenta pueda conocer de forma fácil, antes de la contratación, las comisiones de cualquier cuenta y, de acuerdo con esta información, comparar y elegir la que más le convenga.

Ese DIC se debe publicar en lugar destacado en los establecimientos comerciales y en los sitios web de cada entidad. La información contenida en él es la que se publicará en los sitios web de comparación de comisiones: el del Banco de España y, si existen, los de otros operadores.

Servicios vinculados a la cuenta

Habitualmente se comercializan, junto con la cuenta de pago, tarjetas de débito y/o de crédito. Las entidades, en tal caso, deben informar al cliente de si es posible o no contratar la cuenta de manera independiente y en qué condiciones. Si solo fuera posible la contratación vinculada de cuenta y tarjeta, se informará de la parte del coste total que corresponde a cada producto y de los efectos que su no contratación o su cancelación anticipada producirían sobre el coste total. Se debe facilitar con la debida antelación toda la información sobre las tarjetas. Entre los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago (según la lista publicada en el anejo 1 de la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo), se incluyen los de emisión y de mantenimiento de tarjetas (de crédito y de débito), por ello estos servicios y sus comisiones se deben incluir en el DIC que debe facilitarse antes de contratar, ya mencionado más arriba.

2.3.3 Formalización del contrato

La entrega y el contenido mínimo obligatorio de los contratos de depósitos a la vista se recogen en el artículo 14 de la OSP, norma a la cual nos remitimos, que resulta aplicable necesariamente cuando el cliente sea un consumidor o microempresa y cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen.

En los expedientes de reclamación en los que la parte reclamante denunció la falta de información o de entrega de documentación contractual y señaló que, en el momento de abrir la cuenta, la entidad les había recogido la firma a través de una tableta o dispositivo PDA en el que no visualizaban el documento que se había de firmar, el DCE señaló que el hecho de que el consentimiento se recoja a través de medios digitales no debe suponer incumplir las obligaciones de información previa al cliente, y recordó que, en tales casos, según la normativa de servicios de pago, a la entidad bancaria le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones informativas contenidas en dicha normativa y, por tanto, debe estar en condiciones de describir y acreditar que el hecho de utilizar medios digitales, para recoger la firma o el consentimiento, no suponga una merma de las obligaciones de información al cliente derivadas de la normativa y de las buenas prácticas bancarias. Todo ello con independencia de que la firma digital implique garantía de no repudio, de conocimiento inequívoco de quién es el emisor y de la integridad del documento, esto es, que sea el original y nadie haya alterado o modificado su contenido después de su firma.

Como ejemplo de la problemática surgida por firmar en dispositivo PDA (tableta), el expediente R-202117709, en el cual el reclamante denunciaba, entre otros aspectos, que no le entregaron ni el contrato ni información precontractual. Afirmaba que había firmado en un dispositivo en el que visualizaba solo una leyenda de protección de datos, pero que no le dieron ni un precontrato para ver con tranquilidad ni el contrato una vez firmado. La entidad, con sus alegaciones, solo adjuntaba los contratos firmados digitalmente, pero no documento alguno que demostrara que había cumplido con su deber de informar al cliente sobre las condiciones de la cuenta antes de su contratación, por lo que el DCE apreció en su actuación posible quebrantamiento de la normativa reguladora de servicios de pago.

Cuentas en divisas

El DCE estima que, en este tipo de cuentas, las entidades deben velar por que el contenido de los contratos 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 a este respecto el epígrafe «Comisión de manipulación».

Integridad del contrato y oscuridad de cláusulas contractuales

Las entidades deben asegurarse de la integridad del contrato que suscriben con sus clientes, de modo que contemple y regule todas las posibles vicisitudes que puedan suceder a lo largo de la 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 su cliente, para que este preste su consentimiento a alguna de las posibles formas de actuación en ese caso.

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 DCE considera —en línea con lo previsto en el art. 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 interpretar el contrato del modo que les resulte más

favorable, sin haber tratado de llegar a un acuerdo previo con sus clientes titulares de cuenta sobre el alcance de lo pactado.

Entrega de documento contractual y conservación de documentos

En cualquier momento de la relación contractual, el titular tiene derecho a solicitar y a recibir una copia del documento contractual en el que se formaliza la cuenta de pago, en papel o en soporte duradero (art. 15 de la OSP). 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). Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, se podrá enviar por correo el contrato intervenido, y en ese caso el recibí del cliente lo constituirá el acuse de recibo del envío.

En cuanto al plazo de conservación, de conformidad con el artículo 44 del RDLSP, el proveedor de servicios de pago conservará la documentación relativa al nacimiento, la modificación y la extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el período en el que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarle conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que le llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Según el mismo artículo 44, el proveedor conservará la documentación y los registros que le permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el título III («Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago») y sus disposiciones de desarrollo, y los facilitará al usuario en caso de que así le sea solicitado, durante, al menos, seis años.

Todo ello sin perjuicio de lo establecido en la LPBC, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o de la UE aplicables.

Cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...), las entidades deben acreditar que sus clientes las conocían y las aceptaron.

El DCE ha insistido en la importancia de custodiar adecuadamente los documentos que recojan las condiciones contractuales, y ha apreciado posible quebrantamiento de la normativa cuando en un expediente de reclamación la entidad no pudo aportar el contrato de cuenta, concluyendo que pudo existir falta de la debida diligencia en su custodia.

Sin embargo, no ha apreciado quebrantamiento en los expedientes de reclamación cuyo motivo fue que la entidad bancaria no atendió una petición de entrega de

contratos para los que, por haberse cancelado en fecha muy antigua, al plantearse la petición hubiera transcurrido ya el plazo de conservación de documentación, o cuando se trató de peticiones de documentación inconcretas, desproporcionadas o carentes de justificación; en algunos de tales supuestos se ha considerado conveniente recordar el mandato de nuestro Código Civil de ejercicio de derechos conforme a la buena fe.

En el expediente de reclamación R-202021478, la parte reclamante pidió a una entidad bancaria acceso a sus datos y copia de todos los contratos suscritos con esa entidad de cualquier tipo, y mostraba su disconformidad porque no le habían remitido los contratos. El DCE no apreció incumplimiento de las buenas prácticas bancarias en esa ocasión, toda vez que la entidad, que alegaba que había trasladado el escrito del reclamante a su oficina de privacidad por tratarse de cuestiones relativas al ejercicio de un derecho de acceso, en su respuesta a la petición del cliente le facilitó numerosos datos y además, posteriormente, con sus alegaciones, adjuntó la copia de los contratos que la parte reclamante pedía.

2.4 Disposición de fondos

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. La entrega o la disposición de fondos deben efectuarse siempre contando con la preceptiva autorización del interesado, como manifestación de su voluntad.

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, nos remitimos a los apartados específicos de cada uno de los instrumentos u operaciones de pago (tarjetas, transferencias, domiciliaciones, retiradas de efectivo...), que se encuentran en el epígrafe «Servicios de pago» de esta Memoria.

El DCE ha manifestado en reiteradas ocasiones que las entidades deben extremar las medidas de precaución, no debiendo permitir la disposición de fondos depositados a quien no se identifique correctamente, y, además, deben conservar los documentos con las diferentes órdenes, debidamente firmadas por personas legitimadas para disponer de la cuenta, aun en los casos en los que exista la máxima confianza entre la entidad y su cliente, de modo que se pueda demostrar su existencia en caso de que sea objeto de discusión. Ello redunda en beneficio de ambas partes, pues los clientes tienen la seguridad de que sus fondos no serán entregados a terceros no legitimados, y las entidades pueden justificar debidamente los reintegros realizados.

Durante 2021, varios titulares de cuenta han presentado reclamaciones motivadas por disposiciones hechas por una persona que portaba un DNI sustraído o extraviado. El DCE recomienda que, en cuanto se sufra robo o pérdida del DNI,

se comunique de inmediato a la entidad bancaria, y, si se trata de sustracción, se presente denuncia y se aporte esta en la oficina bancaria, para así tratar de evitar posteriores fraudes.

Como ejemplo de estos casos, podemos citar el expediente R-202021619, tramitado durante 2021, en el que se reclamaba contra disposiciones hechas con un DNI supuestamente sustraído. El DCE, tras comprobar que el contrato de cuenta establecía con carácter general la necesidad de presentar libreta para disponer y contemplaba solo para circunstancias excepcionales que la entidad bancaria pudiera autorizar disposiciones sin libreta, manifestó su opinión de que la entidad debería haber desplegado una especial diligencia en las operaciones discutidas, en el momento de identificar al solicitante y contrastar las firmas, dado que se trató de disposiciones hechas sin libreta que la entidad autorizó excepcionalmente. Como en este caso la firma que constaba en el contrato o cartulina de firmas no coincidía, ni siquiera en apariencia, con la estampada en las órdenes de disposición, se apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en la actuación de la entidad.

En el caso de prestación de consentimiento a operaciones de pago por parte del usuario en el ámbito de la banca electrónica, las entidades han de acreditar que el cliente tiene firmado, además del específico contrato de la cuenta, uno de adhesión a los servicios de banca electrónica (a través de Internet o por teléfono). Lo habitual en estos casos es que el cliente deba autenticar la operación mediante la introducción de claves facilitadas por la entidad. Por ello, cuando se 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 el expediente R-202102209, la parte reclamante denunciaba que no pudo acceder a la banca electrónica y no había podido completar una operación de venta de acciones que trató de realizar. Pedía una compensación, porque las acciones habían perdido valor ese día. El DCE, además de recordar que no es competente para valorar daños o perjuicios, comprobó que el contrato exigía introducir el DNI y código de acceso para acceder a la cuenta, pero para realizar cualquier operación de disposición de fondos (como suscripción de valores) requería, además, introducir claves [de la tarjeta personal de claves (TPC)]. La entidad acreditó que el reclamante sí que pudo acceder a la banca electrónica, pero lo que no pudo fue suscribir valores porque no introdujo los elementos de autenticación (la clave TPC) necesarios. Así, este Departamento no encontró motivo para apreciar vulneración de las buenas prácticas bancarias.

En el expediente R-202125408 se discutían las comisiones aplicadas a una cuenta, y la entidad alegaba que había comunicado la modificación de sus condiciones por medio de un buzón de banca electrónica. La parte reclamante negaba disponer de

ordenador o Internet. Como la entidad bancaria no aportó al expediente prueba de entrega de claves a la reclamante para operar en banca electrónica, y tampoco constaba aviso a la cliente acerca de la existencia de la comunicación en el buzón de banca electrónica, el DCE no consideró suficiente la comunicación aportada y apreció en la actuación de la entidad vulneración de las buenas prácticas bancarias.

2.4.1 Cuentas plurales o con varios titulares. Régimen de disposición

En las cuentas plurales, la titularidad corresponde a dos o a más personas, sin que esto implique por sí solo (salvo la presunción que establece 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 entre titulares. 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.

La titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición. 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. En caso de no acordarse previsión contractual alguna, debería entenderse que el régimen de disposición es mancomunado o conjunto, por aplicación de las normas que establece el artículo 1137 del Código Civil para las obligaciones plurales.

Cuentas conjuntas (o mancomunadas)

En las cuentas conjuntas o mancomunadas, los titulares, aunque pueden efectuar ingresos por sí solos, necesitan el consentimiento del resto de los cotitulares para ordenar reintegros u operaciones que impliquen disminución del saldo. Este régimen es el aplicable por defecto en caso de que el contrato de cuenta con varios titulares no especifique expresamente el régimen de disposición.

Existen también cuentas mancomunadas en las que para la disposición se pacta la firma de varios titulares (por ejemplo, dos de tres). Las entidades de crédito deben actuar con diligencia, para evitar disposiciones de fondos sin el consentimiento expreso de los titulares acordados.

Cuentas indistintas (o solidarias)

Cuando una cuenta es indistinta o solidaria, cualquiera de los titulares puede disponer de la totalidad del saldo con su sola firma. Normalmente, la apertura de

una cuenta indistinta responde a la existencia de relaciones internas (familiares o de otra índole) entre sus titulares, basadas en la confianza. En principio, la cuenta se rige exclusivamente por el contrato que las partes han suscrito, existiendo clara separación entre las relaciones contractuales de los titulares con la entidad de crédito y las relaciones ajenas al contrato que aquellos puedan tener en su esfera privada, que ni afectan ni comprometen a la entidad.

En el expediente R-202101937, el reclamante se mostraba disconforme con la cancelación de cuenta y tarjetas de las que era cotitular. La entidad alegó que en las condiciones del contrato suscrito se preveía la posibilidad de que cualquiera de las cotitulares indistintas solicitase la cancelación. El DCE no apreció quebrantamiento de la normativa o de las buenas prácticas bancarias, por considerar que la cancelación fue ordenada por quien tenía legitimación para ello, pues el contrato permitía la cancelación con el consentimiento de una sola de las cotitulares.

Modificación del régimen de disposición

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

No hay duda de que, si la cuenta es mancomunada, para su transformación en indistinta es necesario el consentimiento expreso de todos los titulares. Pero la controversia puede plantearse para el supuesto de transformación de la cuenta solidaria en mancomunada, pues podría uno de los titulares de una cuenta indistinta solicitar, o bien el bloqueo de la cuenta, o bien que la entidad exigiera en adelante, para la disposición de fondos, el acuerdo de todos los cotitulares.

Salvo previsión contractual en contrario, 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) en la que manifiesta que se opone a que la cuenta siga funcionando de forma indistinta o pide su bloqueo, no puede cumplimentar operación alguna que no venga ordenada por todos los titulares, los cuales deberán ser informados cuanto antes de la situación.

En caso de discrepancias internas entre cotitulares indistintos —por romperse la confianza o por producirse determinados eventos que justifican la suspensión del funcionamiento normal de la cuenta (procesos de separación o de divorcio)— que se traduzcan en instrucciones contradictorias, el DCE entiende que las entidades deberían adoptar una postura neutral, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

Si se constatara la existencia de discrepancias, este Departamento no encuentra mala práctica en el cambio a mancomunado del régimen de la cuenta y la exigencia

de las firmas de todos los cotitulares para disponer, pues se trata de una postura prudente, hasta que los cotitulares se pongan de acuerdo respecto a la propiedad de los fondos.

Tanto en el expediente R-202109247 como en el R-202109252, el cotitular de una cuenta reclamaba porque otra cotitular (su mujer) había traspasado la mitad del saldo a otra cuenta abierta solo a su nombre, sin avisarle a él previamente. Afirmaba que se trataba de dinero ganancial y pedía que se reintegrase. En el primer expediente fue aportado un contrato de cuenta, en el cual no constaba que la cuenta fuera de régimen de disposición indistinto o solidario, por lo que el DCE consideró la actuación de la entidad, al permitir disponer a una sola cotitular, apartada de las buenas prácticas bancarias. Sin embargo, en el segundo caso este Departamento no apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en el hecho de que la entidad hubiera permitido a la cotitular transferir la mitad del saldo, ya que en el contrato de cuenta estaba acordada la disposición de la cuenta de forma indistinta o solidaria y, por tanto, cualquier cotitular por sí solo podía disponer del saldo. El DCE recordó asimismo que no le correspondía opinar sobre la pertenencia de los fondos y la posible apropiación por la titular de aquellos que pudieran pertenecer a la sociedad de gananciales, por tratarse de una cuestión de derecho privado.

Descubierto en cuentas indistintas

Aun cuando en cuentas indistintas cualquiera de los cotitulares puede realizar actos de disposición del saldo a través de cualquier medio disponible, la facultad de cada uno para generar descubiertos y la posible responsabilidad del otro cotitular que no los ha provocado son cuestiones que no resultan pacíficas, y no han tenido un tratamiento uniforme por parte de la doctrina o de los tribunales de justicia. El DCE considera que, cuando se dan controversias en relación con la responsabilidad solidaria de titulares indistintos por los descubiertos ocasionados por uno solo de ellos, en general ha de abstenerse de emitir opinión, debiendo los interesados plantear la cuestión ante los jueces o tribunales de justicia.

Algunos casos concretos que ha resuelto este Departamento en relación con esta cuestión derivaban de las disposiciones realizadas con la tarjeta de crédito emitida a nombre de uno de los titulares; o 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 del pago de letras de cambio y pagarés firmados por uno solo de los titulares.

A falta de una previsión en el contrato de cuenta que autorice los adeudos en tales casos, y siendo el contrato de préstamo o el de tarjeta una obligación autónoma (en

la que no es parte el otro cotitular), admitir que se pudieran cargar en cuenta 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 que ha sido considerado por el DCE, en esos supuestos, alejado de las buenas prácticas bancarias.

2.4.2 Autorizados en cuenta

La disposición de los fondos depositados en una cuenta corresponde, con carácter general, a su titular, por sí mismo o mediante representante legal si careciese de capacidad de obrar. También puede darse el supuesto de representación voluntaria, a través de las autorizaciones que, a estos efectos, el titular de la cuenta pudiese dar a terceros (las denominadas «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 cheques, reintegros y cuantos documentos sean necesarios. Por el contrario, no están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni para cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni para realizar disposiciones contra la cuenta tras el fallecimiento del titular, supuesto este último en que se extingue el mandato.

La condición de autorizado se obtiene por autorización expresa —y, habitualmente, por escrito— del titular de la cuenta, siendo uso y práctica bancaria que se recojan las firmas de los titulares y de las personas autorizadas para que cualquier empleado de la entidad pueda realizar las comprobaciones oportunas que eviten disposiciones de fondos por personas no legitimadas.

Si la cuenta es mancomunada o conjunta, la designación del autorizado podrá ser realizada por cualquiera de los cotitulares, lo que no supondrá ningún perjuicio para el resto, pues, sin la firma de 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 para nombrar autorizado se precisaría el consentimiento de todos los titulares. 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 a los otros cotitulares para que puedan prestar su consentimiento —tácito o expreso— al nombramiento o, por el contrario, mostrar su disconformidad, rompiendo el vínculo contractual.

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

El mandato se extingue, según nuestro Código Civil, por muerte del poderdante, de tal forma que, ante el fallecimiento de la persona que ha apoderado a otra en su cuenta, el autorizado perderá tal condición. No obstante, para valorar y calificar la actuación de la entidad en los casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas por el autorizado con posterioridad al fallecimiento del poderdante, resulta muy relevante para el DCE tener certeza del momento en el que la entidad tuvo conocimiento del fallecimiento, pues la actuación que cabe exigirle es desde que tiene conocimiento del fallecimiento del titular poderdante y no antes. Ello con independencia de los derechos que, en su caso, asistan 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 un cotitular en una cuenta indistinta no extingue la autorización si no consta que los restantes titulares la han revocado de forma expresa ante la circunstancia del fallecimiento.

La existencia de autorizados en una cuenta puede suscitar las siguientes cuestiones:

— Extensión de sus facultades: 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. Es conveniente que los contratos de cuenta que incluyen autorizados recojan de forma clara, además de los instrumentos de pago que el autorizado puede utilizar para realizar disposiciones, la extensión de la autorización, especialmente en lo que respecta a la disposición de fondos en descubierto por el autorizado, puesto que esta facilidad supone en la práctica la apertura de un crédito del que deberá responder no el autorizado, sino el titular o los titulares de la cuenta.

— Peticiones de información realizadas por un autorizado: entendemos que, salvo pacto en contrario, el autorizado tendría la facultad de informarse sobre el saldo de la cuenta y las entidades deberían atender las peticiones de información del autorizado sin necesidad de exigir que en cada caso fueran refrendadas por el titular de la cuenta, salvo que se demostrara documentalmente que el titular manifestó de forma expresa su voluntad de restringir las facultades del autorizado a la mera disposición de fondos, o bien 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 de la orden de revocación, para que exista certeza del momento en el que el autorizado deja de serlo.

  El DCE no considera mala práctica bancaria que la entidad se niegue a atender una orden de disposición invocando la necesidad de verificar la vigencia del poder, o de adoptar cualesquiera otras cautelas que estime convenientes, en orden a asegurar que entrega los fondos a una persona con poder para disponer. 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.

— Poder conferido a una persona por el titular (o titulares) de la cuenta para la realización de actos de administración, con carácter muy general. Este Departamento ha considerado que la exhibición de un poder general no es suficiente para que la entidad permita disponer de los fondos de una determinada cuenta corriente, sino que es preciso que se dé 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.

  Así, en la reclamación de referencia R-202121082 una persona acudió a una oficina con objeto de ser autorizado en las operaciones de las que su padre era titular, facilitando copia de escritura de apoderamiento para su bastanteo; reclamaba porque la entidad le había denegado la condición de autorizado y, para ello, le requería el apoderamiento por parte del otro cotitular (su madre). El DCE consideró la actuación de la entidad bancaria ajustada a las buenas prácticas bancarias, dado que el reclamante aportaba una escritura de poder general, pero en ella no constaban individualizadas las operaciones que el apoderado podría realizar.

2.4.3 Disposiciones en efectivo

Reintegros en oficina diferente a la de apertura y modo de disponer

Sobre el efectivo como medio de disposición del saldo de la cuenta, en general, nos remitimos a lo que expondremos más adelante, dentro de «Servicios de pago».

Es criterio reiterado de este Departamento 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.

Cuestión diferente 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. El DCE considera ajustado a las buenas prácticas bancarias el que las entidades se opongan a los reintegros en una oficina distinta a la de origen de la cuenta solo si estas acreditan que existían dudas razonables acerca de la veracidad de la identificación de sus clientes.

Se han planteado reclamaciones motivadas por la negativa de alguna entidad a permitir al reclamante el reintegro de efectivo en oficina o sucursal distinta de la que es cliente, a pesar de llevar su DNI, 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 se pueden establecer contractualmente limitaciones de ese tipo, pero deben ser, en todo caso, acreditadas.

En el expediente R-20210434, sin embargo, lo que se discutía era que una entidad bancaria hubiera permitido al titular de una cuenta (padre del reclamante), sin presentar su DNI, nombrar como autorizada a una persona que posteriormente dispuso del saldo. Reclamaba el hijo del titular, que indicaba que él custodiaba el DNI y la libreta de su padre, y entendía que no deberían haberle permitido otorgar autorización sin presentar el DNI; discutía la respuesta de los empleados, que decían que comprobaron que era su padre porque lo conocen de toda la vida. La entidad, con sus alegaciones, aportaba documento de autorización aparentemente firmado por el titular de la cuenta y la copia del DNI que decía tener escaneada en su base de datos; alegaba que, al disponer del DNI escaneado, no necesitaba su presentación física para comprobar la identidad del titular. A la vista de la documentación, y como ninguna de las partes negaba que el documento de autorización lo hubiera firmado el propio titular de la cuenta, el DCE no apreció quebrantamiento en la actuación de la entidad por permitir al titular nombrar al autorizado.

Restricción del importe de reintegros de efectivo y alternativas sin coste

Los fondos depositados en forma de cuentas bancarias u otras modalidades de depósitos a la vista son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares cuando estos soliciten disponer de tales fondos. Las entidades deben atender las órdenes de reintegro que cursen sus clientes, mediante cualquiera de los medios previstos en el contrato, con cargo a los fondos que tengan disponibles, sea cual

sea su importe, no existiendo normativa alguna que establezca la obligación de los clientes de comunicar con antelación a la entidad depositaria las disposiciones de fondos de la cuenta que deseen hacer que excedan de determinada cuantía.

Puede darse la circunstancia de que la entidad no disponga de efectivo suficiente en caja (billetes y monedas) para cumplir con ciertas órdenes de disposición, sobre todo si son de cuantía importante, en cuyo caso la opinión del DCE es que la entidad debería informar al cliente de la imposibilidad de atenderlas, explicándole el motivo —insuficiencia de fondos en metálico—, y ofrecerle medios gratuitos sustitutivos a la entrega de efectivo —emisión de cheque bancario, transferencia, abono en cuenta, etc.—, que permitan disponer del saldo sin que intervenga el dinero. Estas alternativas deben ofrecerse libres de gastos para el interesado, al no venir prestado el servicio (de transferencia, cheque…) por una solicitud específica del cliente, sino para cumplir una obligación que la entidad tiene asumida como depositaria, obligación que deriva de la propia naturaleza jurídica de la cuenta a la vista; no obstante, debe estarse a lo estipulado en el contrato, que podría haber establecido alguna limitación relativa a la disposición de fondos.

El criterio expuesto es aplicable a cuentas a la vista en las que se acuerde la posibilidad de disposición del saldo mediante dinero en efectivo, esto es, billetes y monedas.

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

Con carácter general, en todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y sobre valoración, 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. Esta misma diligencia les será exigible en la corrección de los errores detectados.

El DCE 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 la 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 lo reconozcan, muestren voluntad cierta de subsanarlo sin demora, y el error no sea reiterado, ya que lo contrario supondría una falta de diligencia 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.

En el expediente R-202113025, la reclamante discutía el que su madre, autorizada en una de sus cuentas, pudiera acceder mediante banca digital a la información sobre sus otros productos, incluida la cuenta que la reclamante tenía con otra persona, en la cual la madre no estaba autorizada. Manifestaba que desde enero intentaba solucionar las cosas de forma amistosa, pero se sentía ninguneada por la entidad, que jamás le dio solución y ni siquiera una respuesta a su reclamación. La entidad reconocía el error cometido y alegaba que estaba solucionado, algo que la reclamante negó afirmando que seguía sin solventarse. El DCE apreció entonces posible quebrantamiento de la normativa y de las buenas prácticas bancarias, en la medida en que la entidad, cuando la titular le puso de manifiesto el error, ni lo corrigió con diligencia ni respondió en plazo a la reclamación.

Con respecto a la corrección de errores, el DCE también 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, aplicando su doctrina de los actos propios, la apreciación de la existencia de una posible aceptación tácita de los apuntes anotados en cuenta una vez transcurrido un período de tiempo dilatado.

Cuando se trate de operaciones de pago que se ejecuten incorrectamente, habrá de estarse a lo establecido en la normativa de servicios de pago, y más concretamente en el artículo 43 del RDLSP, 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 si se ha proporcionado la debida información sobre este, pudiendo pactar las partes un plazo inferior en caso de que el usuario no sea un consumidor. Véase a este respecto lo señalado en «Servicios de pago».

2.4.5 Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente

Los contratos de cuenta de pago se caracterizan principalmente por ser contratos de gestión, por lo que las entidades deben limitarse a cumplir las órdenes que los titulares de los depósitos puedan darles en cuanto a la realización de cobros y pagos.

El DCE ha reiterado 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. En relación con la autorización de las operaciones de pago, el RDLSP regula en

su artículo 36 el consentimiento y su retirada, señalando que se considerará autorizada la operación de pago cuando el ordenante haya dado el consentimiento a su ejecución, y que, a falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada. Véase a este respecto lo señalado en «Servicios de pago».

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) firmada en apariencia por él, el DCE no puede emitir un pronunciamiento sobre la cuestión, 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.

2.4.6 Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros)

En ocasiones, las entidades ofrecen regalos promocionales por la formalización de cuentas o por la vinculación de determinadas operaciones a cuentas preexistentes (nos referimos, por ejemplo, a televisores, teléfonos móviles, tabletas, videoconsolas, vajillas...).

El DCE no resulta competente para valorar las decisiones que adoptan las entidades en los programas o las campañas de fidelización de los clientes por la utilización o el 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, este Departamento 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.

Este Departamento 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, suficientemente clara respecto a los requisitos necesarios para obtenerlo.

— No acreditan haber informado desde el principio a aquellos clientes que no pueden beneficiarse de la promoción, y estos desarrollan una serie de actuaciones, 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 forma que los traspasos no pueden 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.

Y cabe indicar que, entre la información precontractual que las entidades han de facilitar en el caso de depósitos a la vista y de ahorro, la Circular 5/2012 incluye la relativa a la consideración de los 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 a este, así como cualquier importe que haya de abonar el cliente, haciendo constar, en todo caso, que la retribución en especie está sujeta a tributación.

En el expediente R-202121006, una persona afirmaba que había contratado una cuenta con permanencia de 12 meses y un coste por mantenimiento de cuatro euros mensuales, debido a una oferta de entrega de Avios (a intercambiar por vuelos Iberia) a cambio del cumplimiento de ciertos requisitos. Se quejaba de que, tras firmar en una tableta, no se le proporcionó documentación alguna. La entidad se limitaba a alegar que las condiciones del producto estaban reflejadas en el contrato y que este estaba firmado por el reclamante. Se apreció en su actuación posible quebrantamiento de la normativa, dado que no aportó prueba del cumplimiento de sus obligaciones. En concreto, la entidad no aportó un documento con información previa sobre las principales condiciones de la cuenta debidamente firmado por el cliente.

Son frecuentes, cuando nos referimos a estas promociones, las reclamaciones en las que titulares de cuentas discrepan del cargo unilateral, en concepto de penalización, del precio estimado de una retribución en especie (un regalo promocional) cuando se han dejado de atender los requisitos exigidos para obtener dicha retribución, que se encuentran recogidos en las condiciones del contrato suscrito por las partes (por ejemplo, no haber cumplido con el tiempo de fidelización).

En esos casos, si bien este Departamento reconoce el derecho de las entidades a cargar la penalización pactada, exige que la actuación de estas sea 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 el DCE que una actitud acorde con las buenas prácticas bancarias requiere que las entidades, por una parte, aclaren y acrediten con exactitud cuáles eran los requisitos exigidos en la campaña de que se trate que el reclamante no cumplía y, por otra,

justifiquen debidamente la previsión contractual sobre la forma de proceder en tales supuestos de incumplimiento. En definitiva, se deben acreditar documentalmente las razones para cargar en la cuenta del cliente la penalización prevista en el contrato.

2.4.7 Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono

Las entidades financieras pagadoras de pensiones y de otras prestaciones periódicas deben comunicar a la entidad gestora de la Seguridad Social, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de pensiones y demás prestaciones periódicas que vengan abonando en cuenta. Dicha obligación es importante para las entidades, en la medida en que devienen responsables de la devolución a la TGSS de las mensualidades que pudieran abonarse en el mes o meses siguientes al de la fecha de extinción, por fallecimiento, del derecho a la prestación de que se trate, sin perjuicio de su derecho a repetir el importe de las prestaciones devueltas a la TGSS de quienes las hubieran percibido indebidamente. Por tanto, las entidades deben establecer procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la vivencia del pensionista.

En cuanto a la fecha de abono de las pensiones, se trata de un motivo por el que se presentan muchas reclamaciones. Este Departamento ha recordado que el pago de prestaciones periódicas de la Seguridad Social por parte de las entidades financieras colaboradoras está regulado en normativa ajena a la transparencia y protección de la clientela bancaria; en concreto, el Real Decreto 696/2018, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social, dispone que, una vez abonada la primera mensualidad, los importes de los sucesivos pagos mensuales de pensiones y demás prestaciones de pago periódico deberán figurar en la cuenta de los perceptores (o a disposición del beneficiario en la entidad financiera colaboradora) el primer día hábil del mes en el que se realice el pago y, como máximo, el cuarto día natural de dicho mes.

Normalmente, las entidades conocen con antelación (al final del mes anterior al del abono) el importe de las próximas transferencias, antes de recibir los fondos de la Seguridad Social, por lo cual hay entidades que deciden adelantar el pago de pensiones unos días. Se trata de una decisión discrecional, por lo que no se puede exigir a las entidades que adelanten el pago ni calificar negativamente su actuación porque no lo hagan, salvo que el adelanto se encontrase pactado.

2.4.8 Bloqueo de cuentas

Este Departamento entiende que las medidas que impliquen restricciones de los derechos de los clientes (como, por ejemplo, el bloqueo de abonos que decide

la entidad como consecuencia de no haber pasado el cliente el control de pervivencia) deben no solo estar debidamente justificadas, sino también ser notificadas a los clientes tan pronto como sea posible, para que no sufran 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—. Esta advertencia o comunicación debe tener lugar con carácter previo al bloqueo y, de no resultar posible, inmediatamente después, a menos que la comunicación de tal información resulte improcedente por razones de seguridad o contraria a otra disposición normativa, como la de prevención del blanqueo de capitales. A continuación se exponen algunas casuísticas en relación con esta cuestión.

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, decide entablar 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 bloquee las cuentas, con los consiguientes perjuicios para sus clientes, sin mediar la debida comunicación sobre la circunstancia del bloqueo.

Revocación del NIF a pyme

La disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria establece, en su apartado 4, lo siguiente:

> «La publicación de la revocación del número de identificación fiscal asignado en el *Boletín Oficial del Estado* determinará la pérdida de validez a efectos identificativos de dicho número en el ámbito fiscal. Asimismo, la publicación anterior determinará que las entidades de crédito no realicen cargos o abonos en las cuentas o depósitos bancarios en que consten como titulares o autorizados los titulares de dichos números revocados, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal.

> Cuando la revocación se refiera a una entidad, la publicación anterior también determinará que el registro público en que esté inscrita, en función del tipo de entidad de que se trate, proceda a extender en la hoja abierta a la entidad a la que afecte la revocación una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a esta, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal.»

Además de la publicidad que de la revocación de un NIF se realiza a través del sitio web del *Boletín Oficial del Estado,* para conocimiento general del público, la Agencia Tributaria ofrece, en su sede electrónica, un enlace en el que es posible consultar el listado de acumulado de los NIF revocados y rehabilitados.

Concurrencia de discrepancias entre cotitulares

Se trata de supuestos en los que los cotitulares cursan instrucciones contradictorias e incompatibles entre sí a las entidades, que deben abstenerse de tomar partido por uno u otro de los cotitulares, lo que pudiera dar lugar a la adopción de medidas preventivas, como el bloqueo por parte de las entidades, y, en su caso, a la consignación del saldo de persistir las discrepancias y en tanto que no se resuelvan, debiendo las entidades comunicar a los interesados la adopción de la medida tan pronto como sea posible, y, en todo caso, a más tardar, inmediatamente después de su adopción. De no llevarse a cabo la comunicación, el proceder de la entidad se estimaría contrario a las buenas prácticas financieras.

Bloqueo motivado por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

Las cuestiones referentes a esta materia son objeto de tratamiento en el apartado específico dedicado a esta problemática.

2.4.9 Compensación de cuentas

Sobre los traspasos entre cuentas que efectúan las entidades para compensar saldos deudores, dado 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 sus posiciones, sino también las facultades que sobre ellas tiene la entidad—, el DCE[14] ha señalado la necesidad de que los

14 Véase sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009.

contratos bancarios incorporen una cláusula que informe a los clientes, desde un primer momento, de la posibilidad de que sea aplicada a sus cuentas la compensación, que debe tener una redacción transparente, clara, concreta y sencilla.

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, o que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas, aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya una adecuada información al respecto. Caso distinto sería que la deuda correspondiera solo a parte de los cotitulares, pero no se hubieran comprometido todos 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 atender al contenido de las cláusulas de los contratos.

Ejemplo de esta problemática es el caso del expediente R-202117503, en el cual la parte reclamante discrepaba de la compensación entre sus cuentas que había realizado la entidad sin su consentimiento. Explicaba que las cuotas del préstamo se cargaban en una cuenta en la que él figuraba como único titular, pero la entidad había transferido a dicha cuenta individual parte del saldo de una cuenta conjunta que tenía con su hermano, para así seguir cobrando el préstamo. La entidad alegó que en los contratos de las dos cuentas afectadas se pactó una cláusula de compensación y que se había prestado consentimiento a la compensación incluso en el caso de que las cuentas fueran conjuntas. El DCE no apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en la actuación de la entidad, porque estaba habilitada contractualmente para efectuar compensaciones de saldos deudores, al constar dicha condición en el contrato de cuenta.

Se han analizado casos en los que las entidades bancarias habían utilizado, para compensar deudas, el importe de la pensión o del salario de los reclamantes, que era inferior a los límites que el artículo 607 de la LEC considera mínimos para la supervivencia.

En estos supuestos, este Departamento ha partido de la premisa de que las limitaciones que establece la LEC son solo, desde el punto de vista estrictamente legal, aplicables a embargos, y no a otros supuestos de utilización del saldo de la cuenta, como la compensación de deudas. No obstante, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCE considera exigible que las entidades bancarias, al ejercitar el derecho de compensación contemplado en el contrato, traten de evitar detraer a su favor la cantidad límite que, formando parte del salario o pensión, la ley considera un mínimo vital.

Así, este Departamento considera buena práctica bancaria que la compensación respete las pensiones de las que sea beneficiario el cliente por encontrarse en situación de desamparo, por tener menores a su cargo o por otra situación de necesidad; en definitiva, entendemos que la entidad, al encontrarse ante tal conflicto de intereses, no debería priorizar de modo absoluto su propio interés o derecho a compensar deudas en detrimento del interés del cliente, en caso de que este último se refiera a cantidades percibidas como mínimos vitales para subsistir.

Un ejemplo de estas situaciones fue la del expediente R-202123752, en que la reclamante puso de manifiesto ante la entidad que tenía una familia vulnerable y sin ingresos y que el único medio que tenía para subsistir, que era una ayuda de la Seguridad Social que tenía su hijo menor, había sido íntegramente absorbida por comisiones por reclamación. El DCE consideró apartada de las buenas prácticas la actuación de la entidad, porque, desestimando la reclamación, no mostró sensibilidad con dicha situación.

2.5 Modificaciones contractuales

2.5.1 Formalidades y plazos

La normativa de servicios de pago regula de forma precisa el procedimiento para efectuar modificaciones contractuales a instancia de una de las partes (generalmente, la entidad de crédito), dotando al proceso de garantías que refuerzan la transparencia.

De esta manera, conforme al artículo 33.1 del RDLSP, se distinguen dos tipos de modificaciones:

— Las que se pueden aplicar de forma inmediata, que son aquellas que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente. Desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, se deberá informar al titular en la primera comunicación que se le dirija.

— Las restantes modificaciones contractuales, que deberán efectuarse cumpliendo con el procedimiento establecido en la normativa, que incluye una comunicación de preaviso individualizada que se remitirá obligatoriamente al cliente, en papel o en otro soporte duradero, con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha de entrada en vigor de la modificación propuesta.

Las modificaciones del tipo de interés o de cambio que se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato marco. El usuario de servicios de pago deberá ser informado de toda modificación del tipo de interés lo

antes posible, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información.

En ocasiones, cuando las entidades dirigen una comunicación al cliente con la propuesta de una modificación del contrato de cuenta corriente, le advierten de que se considerará aceptada la modificación en caso de que no se notifique la no aceptación de la modificación propuesta antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor. Esta aceptación tácita de la modificación del contrato marco por parte del cliente solo será admisible, según la normativa de servicios de pago: i) si así se ha convenido en el contrato de cuenta, y ii) si 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 antes de la fecha propuesta para tal modificación.

El DCE ha venido sosteniendo que, aunque las entidades financieras pueden modificar unilateralmente 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, el cumplimiento de estos preceptos puede no ser suficiente en algunos supuestos. Así sucede, por ejemplo, en casos en los que el contrato de cuenta al que afecta la modificación no pueda cancelarse porque se encuentre vinculado a un contrato de préstamo (o a otro producto o servicio), entendiendo el DCE que las condiciones deben considerarse pactadas de manera inmodificable hasta el vencimiento del préstamo o producto principal y que, por ello, en tales casos, la aplicación de las modificaciones en la cuenta debe considerarse apartada de las buenas prácticas bancarias, aun cuando se hubiesen realizado cumpliendo formalmente con los requisitos establecidos en la normativa de servicios de pago.

En todo caso, la normativa prohíbe modificar unilateralmente el coste (o introducir concepto del que se derive un coste) en una cuenta de pago que sea necesario mantener abierta para la gestión de un producto principal, desde el momento de la solicitud de resolución del contrato de cuenta no atendida, siempre que el titular no utilice la cuenta para finalidades distintas de las relacionadas con el producto o servicio para cuya gestión se mantiene abierta.

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 Departamento ha venido estableciendo que, aunque la comisión estuviese contemplada contractualmente, para que la entidad pueda variar el régimen de exención que había venido aplicando, las buenas prácticas y usos bancarios exigen 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, con la finalidad de que puedan aceptarlas o rechazarlas, rescindiendo el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad sin coste adicional.

2.5.2 Modificaciones contractuales comunicadas a través de buzones virtuales

En 2021 se han analizado numerosas reclamaciones de clientes que negaban haber tenido conocimiento previo de las modificaciones en las comisiones que habían sido aplicadas en los contratos de cuenta suscritos, ni, por tanto, la oportunidad de oponerse y evitarlas rescindiendo el contrato.

Y alguna entidad, en su defensa, alegó que la comunicación correspondiente la había remitido al buzón del cliente integrado en la plataforma o banca digital de esa entidad. Sirva de ejemplo, entre otros muchos, el expediente de reclamación R-202129034.

En estos casos, este Departamento ha citado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 25 de enero de 2017, dictada en el asunto C-375/15, sobre la entrega de información en soporte duradero a través de buzón de correo electrónico integrado en un sitio web de banca electrónica. Según esta sentencia, los artículos 41.1 y 44.1 de la Directiva 2007/64/CE (el contenido del art. 44.1 se corresponde con el del 33 del RDLSP) deben interpretarse en el sentido de que las modificaciones del contrato marco, que se transmiten mediante un buzón de correo electrónico integrado en un sitio web de banca electrónica, solo pueden considerarse facilitadas en un soporte duradero, en el sentido de tales disposiciones, si se cumplen dos requisitos:

— Que el sitio web permita al usuario almacenar la información que se le envía personalmente, de manera que pueda acceder a ella y reproducirla sin cambios, durante un período de tiempo adecuado, sin que sea posible ninguna modificación unilateral de su contenido por el proveedor o por cualquier otro profesional.

— Que, si el usuario de servicios de pago está obligado contractualmente a consultar ese sitio web para tener conocimiento de dicha información, la transmisión de esta información se acompañe de un comportamiento activo del proveedor de servicios de pago destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en ese sitio web.

Así, haciendo suya la opinión de dicho tribunal europeo, este Departamento considera que las entidades deben acreditar que dieron a conocer a su cliente la existencia y disponibilidad de la comunicación relativa a la modificación del contrato de cuenta en el sitio web (buzón de e-correspondencia) mediante un comportamiento activo; por ejemplo, mediante el envío de *e-mail* o SMS al correo electrónico o al número de teléfono que consten en la base de datos de la entidad, para avisar al cliente de que tenía dicha información a su disposición en el buzón de e-correspondencia. Si el envío al buzón electrónico no se ve acompañado de un comportamiento activo o aviso por parte del proveedor, por un medio de comunicación

habitual del cliente con personas distintas de su entidad bancaria, la información correspondiente no se considera facilitada en soporte duradero.

En definitiva, este Departamento considera que la notificación de futuras modificaciones contractuales por medio de buzón de banca electrónica es correcta solo cuando a la vez se avisa al cliente, por algún medio de comunicación de los señalados en el contrato marco (teléfono, correo electrónico, etc.), acerca de la existencia de la notificación; cuando no hay aviso, ha apreciado posible quebrantamiento del artículo 33 del RDLSP, según la interpretación del citado TJUE.

Así, en los expedientes de reclamación en los que el cliente negó que la entidad bancaria le hubiera comunicado la modificación y esta alegaba haber remitido la comunicación al buzón de banca electrónica, el DCE ha exigido que aportase al expediente no solo la prueba de su puesta a disposición en el buzón, sino también de que lo acompañó de un comportamiento activo. Y, si existe controversia al respecto, también debe demostrar que la vía *online* era el medio pactado para las comunicaciones y/o que entregó al reclamante usuario y claves para entrar en la banca electrónica.

Podemos citar como ejemplo el caso del expediente de reclamación R-202122740, en el que el titular de una cuenta decía que se había visto sorprendido al conocer la existencia de una deuda por comisiones de mantenimiento devengadas desde 2017 en una cuenta en la cual hasta ese año se abonaban las comisiones después de cargadas. La entidad alegó que las comunicaciones las hizo por banca electrónica porque así se había acordado en el contrato. El reclamante admitía haber firmado en 2011 un contrato que incluía el servicio de banca electrónica, pero decía que lo firmó sin leer y sin que nadie le informara del servicio de banca electrónica, y que, si le hubieran informado, no habría firmado, porque en su pueblo no hay Internet ni posibilidad de conectarse. El DCE apreció en la actuación de la entidad posible quebrantamiento de la normativa por no demostrar haber facilitado al reclamante la información obligatoria sobre la cuenta, pues solo aportaba unas comunicaciones supuestamente remitidas a un buzón electrónico, pero no la prueba de haber avisado al cliente de la existencia de las comunicaciones en el buzón ni de haberle entregado código de usuario y contraseña para la utilización de banca electrónica.

2.5.3 Cambio 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 los contratos de cuenta corriente, sino también por lo establecido en el artículo 400 del Código Civil, según el cual ningún comunero estará obligado a seguir en la comunidad. En estos supuestos, las entidades se reservan la opción de modificar la cuenta primitiva o de abrir una nueva.

El DCE entiende que, en caso de que la modificación de la titularidad esté motivada por la renuncia de uno de los titulares, lo que sucede con frecuencia en caso de cotitulares que sufren procesos de separación o divorcio, la entidad debe limitarse a comunicar al resto de los titulares de la cuenta la modificación pretendida, 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 Departamento ha considerado contrario a las buenas prácticas y usos financieros el proceder de las entidades en los casos en los que no han atendido la solicitud de baja cursada por sus clientes, sin mediar causa justificada y motivada, dado que, como se ha indicado, tan solo han de efectuar la oportuna comunicación a los cotitulares, 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 que pudieran resultar justificadas —por ejemplo, la existencia de contratos o deudas del mismo titular asociados a la cuenta y no cancelados—, pero estas deberán ser valoradas en cada caso.

2.6 Liquidación de la cuenta

2.6.1 Comisiones y gastos. Comparabilidad y terminología normalizada

Una de las cuestiones que con mayor frecuencia originan discrepancias en relación con las cuentas de pago es 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 Departamento, partiendo del principio de libertad en el establecimiento de comisiones bancarias, que consagra el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, ha examinado en cada expediente de reclamación si la comisión cuya aplicación se discute respondió a un servicio efectivamente prestado que hubiese sido solicitado o aceptado, y si, 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, el titular de la cuenta tuvo ocasión de conocer su concepto y cuantía con anterioridad a su cobro y aceptarlos, expresa o tácitamente.

Tanto la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, como el RDL 19/2017, de 24 de noviembre, que la circular desarrolla, introducen obligaciones informativas para las entidades, con el objetivo de permitir la comparabilidad de las comisiones que afectan a los servicios más representativos asociados a cuentas de pago. En

concreto, se exige que las entidades utilicen terminología y documentos normalizados en toda la información que faciliten al cliente, tanto en la fase precontractual como en la contractual, cuando se refieran a las comisiones por los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, que se incluyen en una lista publicada en el anejo 1 de esta circular y son los siguientes: mantenimiento de la cuenta, emisión y mantenimiento de tarjeta de débito o de crédito, descubierto expreso, descubierto tácito, transferencia, orden permanente, retirada de efectivo (a débito o a crédito) mediante tarjeta en cajeros automáticos, servicio de alertas, negociación y compensación de cheques, y devolución de cheques.

Comisión de mantenimiento de la cuenta. Fija o porcentual

La comisión de mantenimiento remunera el denominado en la práctica bancaria «servicio de caja básico», que habitualmente incluye una serie de operaciones o servicios, como los de ingreso en efectivo, disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta, entrega de talonarios de cheques o libretas, u 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 los que los reclamantes discrepan de 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. De modo que, si una comisión de mantenimiento se carga semestralmente, la fecha de referencia, a efectos del cómputo de los dos meses de antelación que establece el artículo 33.1 del RDLSP 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.

Este Departamento ha conocido, al recibir numerosas reclamaciones sobre el particular, que algunas entidades bancarias han comenzado a liquidar por mantenimiento de la cuenta, en lugar de una cuantía fija, cantidades variables calculadas como un porcentaje sobre el saldo medio —a veces con exención para saldos inferiores a cierto importe— en cuentas ya existentes en cuyo contrato las partes acordaron una comisión de mantenimiento de cuantía fija (mensual o trimestral) o que no se cobraría. En la práctica, esta comisión porcentual puede ocasionar el adeudo de cantidades importantes para sus titulares, que manifestaron que se habían visto sorprendidos por el cambio y que no lo conocieron con anterioridad a su aplicación, para poder oponerse cancelando la cuenta.

Este Departamento recordó, en tales casos, que la normativa obliga a las entidades bancarias a preavisar de las modificaciones del contrato de cuenta (si no son favorables para el usuario) con dos meses de antelación, de modo individual y por el medio de comunicación pactado.

También recordamos que las modificaciones se deben proponer de forma clara, en términos fácilmente accesibles y comprensibles. Por tanto, el DCE aprecia mala práctica en los casos en los que en la comunicación solo se informó de la comisión en términos de porcentaje, y no también en términos monetarios mediante una simulación y ejemplo representativo.

Siendo hasta la fecha la práctica o uso bancario habitual expresar la comisión de mantenimiento en forma de cuantía fija y no de porcentaje, este Departamento ha entendido —dado que se modificaban contratos de cuenta que no contemplaban comisión de mantenimiento o que incluían una cuantía fija— que la comunicación que introducía una comisión variable en función de un porcentaje sobre el saldo (que en la práctica podría suponer un gran aumento de la comisión en cuentas de elevado saldo) solo podría considerarse clara, accesible y comprensible para un cliente medio si se acompañaba de una simulación o ejemplo representativo que indique un coste estimado a pagar, en términos monetarios. Solo así, entiende el DCE, el titular estaría en condiciones de decidir de modo informado sobre la modificación propuesta, durante el período de dos meses que tenía para ejercer su derecho a oponerse, rescindiendo la cuenta para evitar la comisión, antes de que se entendiera tácitamente aceptada.

En los casos en los que los titulares de cuentas optan por su cancelación, entendemos que las entidades deberán restituir —de haberse cobrado por anticipado— la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al tiempo en el que no se hubiera usado la cuenta.

Respecto al cobro de comisiones de mantenimiento en cuentas inactivas, véase lo establecido en el epígrafe «Cuentas inactivas».

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 las entidades excluyan de su aplicación un número determinado de apuntes (por ejemplo, los diez primeros) y/o un tipo. 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, (por ejemplo, los adeudos de recibos o los apuntes de transferencias ordenadas o

recibidas). Este Departamento ha considerado contrario a las buenas prácticas la aplicación de esta comisión cuando no se pueda demostrar que se cobra por apuntes distintos de los retribuidos por la comisión de mantenimiento.

En los casos en los que los reclamantes han planteado desconocer la existencia, el funcionamiento o el importe de esta comisión, el DCE ha analizado la redacción contractual, a fin de verificar si en ella había ambigüedades susceptibles de afectar a su comprensibilidad por parte del cliente que pudieran inducir a confusión respecto a la coexistencia de una comisión de mantenimiento de la cuenta y otra por administración o por apuntes correspondientes a otros servicios financieros proporcionados por la misma entidad (de pago u otros).

Comisiones de mantenimiento y de administración en cuentas vinculadas

Tradicionalmente, el DCE ha venido considerando que, cuando las cuentas se mantienen por imposición de la entidad y son utilizadas exclusivamente como instrumentales de otro producto principal —por ejemplo, para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo o a los pagos derivados de cualquier otro tipo de operativa—, en ellas no se debería aplicar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración, porque, de lo contrario, el cliente estaría pagando por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que la entidad le impuso en interés propio, lo que se califica como contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios.

Sin embargo, la vigente normativa general de transparencia y la de crédito al consumo han impuesto la revisión del anterior criterio, que se encontraba fundamentado, entre otras cuestiones, en la falta de una regulación que garantizara mayor información al cliente.

Centrándonos en los servicios bancarios más frecuentemente ligados a esta problemática —préstamos o créditos y depósitos a plazo—, la normativa que ahora les afecta ha tenido en cuenta los siguientes aspectos en materia de transparencia: la información previa que se ha de suministrar respecto al cobro de la comisión, la inclusión de la comisión en el cómputo para la determinación del coste o rendimiento del servicio principal y la imposibilidad de que dicha comisión pueda ser modificada unilateralmente por parte de la entidad[15]. El criterio de buenas prácticas subyacente a la citada normativa se considera por este Departamento aplicable igualmente a los clientes que no tengan la condición de consumidores.

15 La imposibilidad de modificación está prevista en la norma sexta, apartado 2.5.j, de la Circular 5/2012 solo para determinados préstamos o créditos, pero el DCE, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, lo viene extendiendo a otros servicios bancarios.

Así, si se trata de cuentas instrumentales asociadas a préstamos, créditos o depósitos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa de transparencia actual (29 de abril de 2012) —o que hubieran sido objeto de novación con posterioridad a dicha fecha—, el DCE no considera apartado de las buenas prácticas bancarias el cobro de comisiones en estas, aunque se utilicen exclusivamente para la gestión del producto principal, siempre que se cumpla con las exigencias establecidas en la normativa, esto es: i) que se haya informado a los clientes, antes de contratar el producto principal, en el documento de entrega obligatoria previa acerca de la exigencia 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 de la cuenta como su coste se recojan expresamente en el contrato del producto principal, y iv) que dicho coste no pueda ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del contrato principal.

Si no se cumplieran las referidas exigencias, el cobro de comisiones en cuentas vinculadas cuyo mantenimiento sea obligatorio y que no tengan otros usos se calificaría como contrario a las buenas prácticas bancarias (o, en su caso, a la normativa de transparencia). Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de información previa en el caso de que la contratación de la cuenta sea obligatoria.

Comisión por retirada de efectivo en ventanilla

En este ejercicio, el Banco de España ha conocido, con ocasión de la tramitación de reclamaciones y consultas, que algunas entidades han comenzado a aplicar comisiones por el servicio de retirada en ventanilla de efectivo de la cuenta.

Al analizar esta práctica, debe señalarse que los usos bancarios y la política de contratación de cada entidad son los que van determinando los servicios que se consideran incluidos en el servicio de caja básico y se retribuyen mediante comisión de mantenimiento, por los que no se debería cobrar comisión adicional.

También se ha de recordar que la Circular del Banco de España 2/2019 establece la lista con los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, partiendo de la terminología estandarizada recogida en el Reglamento Delegado 2018/32 y adaptándola a las particularidades del mercado nacional. Ambos textos contemplan de forma separada el servicio de mantenimiento de la cuenta y el de retirada en efectivo (en la circular se distingue, además, entre el servicio de retirada de efectivo a débito y a crédito, mediante tarjeta en cajeros automáticos). Por ello, en la medida en que en la regulación vigente uno y otro se configuran como servicios bancarios independientes y con sustantividad propia, *a priori,* podrían ser susceptibles de remuneración por separado, siempre que así se acuerde en el contrato de cuenta, lo que sucederá en los casos en los que la entidad haya

configurado el servicio de retirada en ventanilla como diferente del denominado «servicio de caja básico».

No obstante, desde este Departamento consideramos que una conducta acorde con las mejores prácticas de las entidades —sea cual sea el modelo de negocio que lleven a cabo y la configuración contractual que hagan de los servicios— exigiría que aquellas pongan a disposición de los titulares de las cuentas, al menos, un medio gratuito, accesible y seguro para la disposición en efectivo de los fondos existentes en ellas.

De proceder de otra manera, se estaría cobrando, no por la concreta prestación de un servicio de una determinada forma (la atención en ventanilla), sino por la retirada de efectivo de cuentas en general, restringiéndose su circulación. Esta circunstancia, además de obstaculizar el acceso al único medio de pago de curso legal, incide especialmente en la esfera de los colectivos de ciudadanos con menos capacidades digitales (ya sea por razón de edad, condiciones físicas o por cualquier otra razón), para los que no resulta una opción deseada el acceso al efectivo por medios alternativos, como podrían ser el uso de tarjeta en cajeros exteriores o alguna forma de *cash-back.*

Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular de la cuenta

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 art. 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 que 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 Departamento 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 que el servicio así lo justifique, y que 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.

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.

Comisión de manipulación (cuenta en divisas)

En ocasiones, los titulares de cuentas en divisas han manifestado su disconformidad porque todas las opciones de que disponen para obtener el reembolso de los fondos de este tipo de cuentas suponen un elevado coste para ellos.

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, 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 a euros, para luego con esos euros comprar los billetes de que se trate.

Así, aquellas entidades que en el contrato 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 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 celebra el contrato, de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa.

En definitiva, la entidad que ofrece la apertura de cuentas en divisas se está obligando a admitir disposiciones o ingresos en efectivo en los billetes correspondientes a la divisa de la cuenta, por lo que no cabe la aplicación de un inexistente tipo o comisión de cambio (salvo que el reintegro se pretenda hacer en otra moneda distinta), sino, exclusivamente, la comisión por la manipulación de billetes extranjeros.

Comisión por transferencia y por orden permanente

Entre los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, se encuentran el de transferencia y el de orden permanente, ambos incluidos en la lista de servicios más representativos que fue publicada en el anejo 1 de la Circular 2/2019. Por ello, en la información precontractual, en el DIC, en las explicaciones previas y en el contrato (según la norma sexta de la circular) se debe aludir a dichos servicios.

Sin embargo, este Departamento ha observado en algunos expedientes de reclamación que las entidades bancarias prestaban el servicio de transferencia de fondos de la cuenta y cobraban por ese servicio una comisión, pero en el contrato marco de la cuenta de pago, al amparo del cual se hacían esas transferencias del saldo, no se hacía alusión a la comisión aplicable a las transferencias. En todos los expedientes en los que se reclamaba contra la comisión aplicada al servicio de transferencia, el DCE ha recordado a las entidades bancarias que deben informar al cliente del precio de las transferencias antes de formalizar el contrato marco de la cuenta de pago con cargo a la cual se ejecutan. El contrato debe informar al cliente sobre todas las comisiones o gastos que se aplicarán por los servicios más representativos asociados de la cuenta de pago, y entre ellos se encuentra el de transferencias. Cuando el contrato no incluía el importe de las comisiones por transferencias, se ha apreciado posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, ello con independencia de que la entidad informara en cada caso del importe de la comisión en el momento de ejecutar cada transferencia.

Entre otros ejemplos, podemos citar el expediente R- 202125079, en el que la parte reclamante discutía una comisión por transferencia cobrada. Relataba que, cuando abrió la cuenta, preguntó por las comisiones de transferencia, ya que era la forma prioritaria en la que efectuaría los pagos, y le informaron de que estaban libres de comisiones. Manifestaba que ni verbalmente, ni en la oferta de productos y servicios, ni en el contrato firmado aparecían las comisiones por transferencia. La entidad alegaba que los precios de los distintos servicios de pago estaban en el folleto de tarifas que tenía publicado. El DCE apreció posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela en el hecho de que el documento contractual no especificara cuáles serían las comisiones aplicables a la emisión de transferencias.

Gastos por reclamación de posiciones deudoras

La repercusión a los clientes de los costes que la entidad ha de asumir por la gestión de la recuperación de las posiciones deudoras —lo que tradicionalmente se ha llamado «comisión de reclamación de posiciones deudoras»—, sean estas vencidas o por descubiertos tácitos, es una práctica bancaria cuyo objeto es resarcir a la entidad de los costes incurridos en la gestión prudente de estos saldos, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada situación y enmarcarse en la realización de las gestiones concretas e individualizadas cuyo fin es la recuperación del saldo y evitar situaciones más perjudiciales para ambas partes, como el vencimiento anticipado de la operación o el ejercicio de acciones judiciales.

En fechas recientes, ciertas circunstancias han propiciado que el DCE haya revisado los criterios tradicionales de buenas prácticas bancarias que en su día elaboró para

el adecuado cobro de esta comisión. En primer lugar, la nueva y relevante normativa de protección del cliente de servicios bancarios requería analizar su mejor encaje en la contratación bancaria, adoptando una posición acorde con su naturaleza y fundamento[16]. En segundo lugar, la sentencia n.º 566/2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[17], de 25 de octubre de 2019, exige que la repercusión de este cargo se alinee con el contenido de esta.

Así, los nuevos criterios de buenas prácticas que este Departamento actualmente exige para la repercusión de gastos por reclamación de posiciones deudoras son:

1 Será *imprescindible su previsión y concreción en la información precontractual y contractual,* de modo transparente y de acuerdo con el contenido mínimo de la Orden EHA/2899/2011[18] y de la Circular 5/2012[19], así como de las especificidades que la normativa sectorial reserve a cada tipo de producto o servicio bancario.

---

16 Con carácter general, en la normativa de transparencia relativa a contratos bancarios celebrados con consumidores, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, se contempla la posibilidad de adeudar cargos distintos de intereses, derivados de una posición deudora vencida del cliente, conceptuándose estos como gastos. En este sentido: i) la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, establece, en su artículo 28.2, que «los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista por los costes que le acarree el impago»; ii) la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece en su artículo 4(12): «[…] gastos que puedan cargarse al prestatario por incumplimiento de los compromisos asumidos en el contrato de crédito»; iii) la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, determina en su artículo 16.2 (l): «[Además de las condiciones esenciales del contrato, el documento deberá especificar, de forma clara y concisa, los siguientes datos:] l) El tipo de interés de demora aplicable en el momento de la celebración del contrato de crédito y los procedimientos para su ajuste y, cuando proceda, los gastos por impago», y iv) 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, anejo 5, «Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses», especifica la posibilidad de informar sobre comisiones y gastos repercutidos por «reclamación de deudas impagadas» para el caso de créditos o préstamos y tarjetas de crédito.

17 Sentencia n.º 566/2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2019, que, si bien parte de lo establecido en la normativa de transparencia y los criterios de buenas prácticas del Banco de España para el cobro de esta comisión (aunque, erróneamente, se refiere a la «comisión de descubierto»), lo cierto es que introduce una valoración sobre la indeterminación de una cláusula contractual, cuya potencial aplicación por el Banco de España requeriría de análisis detallado respecto a la forma en la que se debe aplicar, toda vez que la valoración de las cláusulas contractuales es competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

18 El artículo 7.3 de la orden señala lo siguiente: «Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos: […]»

«c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos. [...]»

«h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.

i) Los demás que establezca el Banco de España.»

19 La norma décima, apartado 3, indica lo siguiente: «[…] los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. […] El contrato deberá reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre el cliente y la entidad, evitará el uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, explicará adecuadamente el significado de los mismos. No se incluirá en el contrato ningún concepto que resulte innecesario o irrelevante para su correcta aplicación e interpretación.»

2 Además, en dicha información se deberá recoger lo siguiente:

— El importe concreto de los gastos que se han de repercutir, que deberá ser acorde con los costes efectivamente soportados por la entidad. Dichos gastos podrán ser distintos en función del canal empleado y, como tales, deberán especificarse en la cláusula que los contemple.

— El canal empleado para efectuar las comunicaciones, que deberá ser el adecuado, de forma que guarde proporcionalidad con el saldo reclamado. Podrán establecerse umbrales de deuda mínimos exentos de su aplicación, de los que deberá ser informado el cliente.

  Si el importe de los gastos fuera distinto en función del canal empleado, ello deberá especificarse en la cláusula que los contemple. Asimismo, el importe concreto de los gastos a repercutir, en relación con el canal empleado, debe ser acorde con los costes efectivamente soportados por la entidad.

— Este gasto es incompatible con otras penalizaciones, en la medida en que se enmarca en la reconducción del pago de la deuda, por lo que no se podrán establecer otras penalizaciones en el contrato por el mismo concepto.

3 Finalmente, de producirse el efectivo devengo de estos gastos:

— Se deberá informar de estos con carácter previo a su cargo, preferiblemente en la propia comunicación, en la que se informe del saldo deudor impagado, el importe que se va a adeudar conforme a lo pactado y el plazo disponible para regularizar la situación.

— No cabrá el cobro de más de una comunicación para un mismo saldo impagado, ni siquiera cuando este se prolongue en sucesivas liquidaciones.

— Las comunicaciones deberán ser respetuosas con la privacidad del cliente, proporcionales a los deberes de información y no resultar excesivas.

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.

La normativa de servicios de pago prohíbe cobrar por el suministro de la información obligatoria que exige dicha normativa, y solo 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 que la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago. Además, exige que los gastos cobrados al cliente sean adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor.

En los expedientes de reclamación, como el R-202107237, en los que se discuten liquidaciones de gastos de correo, el DCE considera que la entidad bancaria debe aclarar el motivo por el que se produce la repercusión de estos gastos (motivo que puede ser, o bien que se facilite información adicional a la obligatoria o más frecuente, o que se remita por medio de comunicación distinto del que indica el contrato marco, y siempre que lo pida el cliente). Este Departamento apreció en el expediente mencionado posible quebrantamiento del artículo 30 del RDLSP, que prohíbe el cobro por el suministro de la información obligatoria, dado que la entidad no aclaró el motivo o los envíos por los que cobró los gastos de correo y tampoco demostró haberlos acordado con el cliente.

Este Departamento 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 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 gastos de correo a clientes que han dado instrucciones inequívocas de que no se les remita ninguna comunicación por correo postal.

2.6.2 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.

La información sobre los tipos de interés e intereses totales (acreedores y de descubierto) devengados cada año en la cuenta debe incluirse en el documento anual denominado «Estado de comisiones», que debe facilitarse al cliente en enero de cada año, cuyo contenido tratamos en otro apartado de esta Memoria.

2.6.3 Descubierto en cuenta, expreso o tácito

El descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una facilidad crediticia concedida por las entidades consistente en permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables.

Algunas entidades bancarias recogen, en el propio contrato de cuenta, un pacto por el cual conceden al titular un crédito en forma de descubierto en cuenta hasta determinado límite, en cuyo caso estamos ante descubierto expreso.

Pero es práctica bancaria más habitual que las entidades, en determinado momento en que no hay suficiente saldo en cuenta, decidan atender en descubierto los mandatos de pago que el titular haya ordenado con cargo a la cuenta (por ejemplo, recibos). Es lo que se llama «descubierto tácito», que consiste en un anticipo de fondos al titular para atender sus pagos que la entidad concede al cliente con el fin de evitarle perjuicios innecesarios. En general, y salvo pacto entre las partes en otro sentido, no será necesaria autorización expresa del titular de la cuenta para la concesión y apertura de descubierto tácito.

La normativa de aplicación a descubiertos en cuenta es el RDLSP, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC), en aquellos casos en los que se trate de la concesión de descubiertos a consumidor.

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. 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.

También se incluyen previsiones para descubiertos tácitos en cuenta en el artículo 4.3 de la Orden EHA/2899/2011 y en el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular 5/2012, según los cuales:

— Las entidades que permitan descubiertos tácitos en cuentas deberán publicar las comisiones, los tipos de interés o los 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 calcular el coste del servicio; en particular, el documento de liquidación de descubierto tácito deberá contener todos los datos que enumera el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular 5/2012: período de la liquidación, importe y duración del descubierto (o de los descubiertos si hubiera varios en el período), saldo medio deudor, tipo de interés e intereses resultantes, comisiones con su concepto, base y período de devengo, y TAE.

— Además, la Circular 2/2019 incluye el descubierto expreso y el tácito en la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, con todo lo que ello implica en relación con la información precontractual y contractual que debe facilitarse al cliente, así como con la terminología normalizada en las comunicaciones que se le remitan.

Liquidación de intereses y comisión por descubierto. Límites y criterios

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 que se hubieran estipulado en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la ley.

Así, la LCCC establece en su artículo 20.4[20] que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan a consumidores en forma de descubiertos tácitos en cuenta a la vista un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

El DCE ha observado que algunas entidades realizan en cuentas de consumidor liquidaciones de descubierto por períodos de seis meses. A la vista de estos casos, este Departamento ha dispuesto que practicar la liquidación de un descubierto tomando como base un lapso temporal muy dilatado no sería conforme con las

20 Artículo que debe interpretarse en relación con el artículo 32 de la misma ley, que regula el cálculo de la TAE.

buenas prácticas bancarias, pues la retribución en forma de comisión por 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 algunos de los casos analizados, en los que el descubierto en cuenta había permanecido escasos días.

Así, como criterio de buena práctica bancaria, el DCE entiende que el período de liquidación no debería extenderse para consumidores más allá de los tres meses, teniendo como fundamento 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».

Por lo demás, el DCE considera contrario a las buenas prácticas practicar liquidaciones (de comisiones e intereses) por descubiertos cuya apertura se produjo solo en beneficio de la propia entidad y no del cliente —por ejemplo, descubiertos cuya única causa fue el cargo de comisiones en la cuenta—, por entender que no resulta justo ni equitativo.

Comisión por descubierto, expreso o tácito

Como contraprestación por el crédito en descubierto, 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 similar 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.

Es preciso que la comisión por descubierto venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada por el descubierto, mediante el correspondiente documento, con la periodicidad pactada y con todos los datos necesarios para comprender cómo se calculó.

A la vista de las reclamaciones planteadas ante este Departamento, conviene aclarar que la comisión por descubierto es distinta de los gastos repercutidos por reclamación de posiciones deudoras (a los que nos hemos referido), pues la comisión y los gastos retribuyen costes o servicios distintos.

La comisión por la apertura de descubierto debe incluirse en el cómputo del límite máximo que establece 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).

2.6.4 Obligaciones de información a los clientes

Información previa a la ejecución de operaciones en la cuenta

Sin perjuicio de la información que se ha de incluir en el contrato de cuenta a la vista, y dado que, frecuentemente, este no contempla todas las posibles operaciones que se realizarán y sus condiciones y gastos, la OSP determina en su artículo 16 la información que las entidades han de facilitar, a solicitud de sus clientes, con carácter previo a la ejecución de operaciones de pago sujetas a un contrato marco de cuenta de pago, como el plazo máximo de ejecución y los gastos, con su desglose.

Información posterior y extractos mensuales

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, al menos con periodicidad mensual, en papel o en otro soporte duradero, la información que señalan sus artículos 17.1 y 18.1, que incluirá, al menos, fecha, concepto e importe y gastos, y, en su caso, tipo de cambio.

Dicha obligación también resulta de la Orden EHA/2899/2011, artículo 15.1, párrafo segundo, y de la norma undécima, apartado 3, de la Circular 5/2012.

Conforme al artículo 15.1 (párrafo primero) de la Orden EHA/2899/2011, en relación con los depósitos a la vista, la norma undécima, apartado 3, de la Circular 5/2012 y los artículos 17.2 y 18.2 de la OSP, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes.

Y la transparencia que debe inspirar la relación de las entidades con sus clientes exige que los conceptos que identifiquen los movimientos de la cuenta sean suficientemente clarificadores sobre la naturaleza de la operación.

En expedientes de reclamación relacionados con peticiones de documentación no atendidas (duplicados de extractos, justificantes de movimientos, etc.), el DCE, en general, no aprecia quebrantamiento de las buenas prácticas cuando se trata de unas pretensiones de remisión de extractos o justificantes de movimientos muy antiguos, de contratos ya cancelados, o si la petición fue inconcreta o desproporcionada. Hemos recordado en tales supuestos el mandato de nuestro Código Civil de ejercicio de derechos conforme a la buena fe, y que la obligación de las entidades, según la normativa, es entregar la información y la documentación periódicas relativas a movimientos de la cuenta, o la copia del contrato al titular que lo pida durante la relación contractual.

Sin embargo, el DCE apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en el expediente R-202123649, en el cual la entidad se negó a facilitar al reclamante el extracto de movimientos de su cuenta tras el cierre de esta; en concreto, pedía movimientos desde su apertura en 2015. La entidad basaba su negativa en el bloqueo de los datos por la normativa de protección de datos y en el transcurso de trece meses desde que se efectuaron las operaciones, motivos que este Departamento no consideró justificados para que la entidad se negara a rendir cuentas o a facilitar al titular información sobre su cuenta.

Estado de comisiones

El RDL 19/2017, de 14 de marzo, desarrollado por la Circular 2/2019, de 4 de abril, introdujo este documento informativo obligatorio con el fin de mejorar la transparencia y la comparabilidad de las comisiones asociadas a cuentas de pago. Se debe entregar gratuitamente, uno para cada cuenta de pago, en enero de cada año. Debe ser breve, claro y preciso, con caracteres de tamaño adecuado para su fácil lectura. Llevará en su parte superior el título «Estado de comisiones» y un símbolo propio que lo distinguirá de otros documentos. Incluirá todas las comisiones cobradas en el año anterior por servicios asociados a la cuenta del pago, utilizando la terminología normalizada de la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago (publicada en el anejo 1 de la circular), con el desglose de las comisiones unitaria y total aplicadas a cada servicio y del número de veces que el servicio se utilizó. En caso de servicios combinados en un paquete, se indicará la comisión aplicada al conjunto del paquete, el número de veces que se cobró y la comisión (unitaria y total) adicional cobrada por servicios no incluidos en el paquete. También incluirá los tipos de interés acreedor y deudor aplicados a la cuenta y el importe total de los intereses devengados en el período.

Cuentas inactivas

Los titulares de las cuentas deben ser los primeros interesados en llevar un correcto control de sus posiciones y de sus productos bancarios, de tal manera que, si lo que desean es cancelar su cuenta, esa es la actuación que deben llevar a cabo, no siendo suficiente a estos efectos la retirada total del saldo, pues en tales casos la cuenta seguiría habilitada para soportar movimientos. La entidad, en el supuesto de que la cuenta no esté cancelada, puede legítimamente, pese a no registrar movimientos, 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 la cuenta con saldo cero o que 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. En los casos en los que las entidades han cargado comisiones e intereses por el descubierto cuya única causa fue el cargo de comisiones en la cuenta, hemos apreciado 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 estos se vean sorprendidos, después de transcurrido un largo tiempo, con la exigencia de cantidades cuya existencia desconocían.

Saldos en presunción de abandono

Interesa recordar la obligación a cargo de las entidades de facilitar información sobre depósitos en desuso que contempla la Circular 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 y Función Pública 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, el artículo 3 («Comprobaciones y notificaciones») desarrolla las obligaciones de comprobación de abandono y de notificación al titular. Así, recoge las siguientes obligaciones de la entidad:

— 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 la 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 los expedientes de reclamación cuya pretensión fue obtener información sobre fondos depositados en cuentas antiguas, en los cuales la entidad alegó que fueron canceladas hace años y que no puede aportar documentos porque han expirado los plazos para la conservación de documentación, este Departamento considera exigible que las entidades faciliten al reclamante la información de que dispongan (por ejemplo, sus registros informáticos que reflejen la cancelación o los últimos movimientos) para acreditar que es cierto lo que manifiestan en sus alegaciones de que el plazo de conservación ha expirado. En los casos en que, habiendo probado el reclamante su titularidad sobre saldos existentes en una cuenta en cierta fecha, la entidad no aporta información sobre el estado o la cancelación de la cuenta, se ha apreciado vulneración de las buenas prácticas bancarias en su actuación.

Sin embargo, el DCE no encontró motivo para apreciar quebrantamiento de la normativa o buenas prácticas bancarias en el expediente de reclamación R- 202127079, en el que el reclamante pedía información sobre una cuenta y la entidad respondió que no poseía datos de cuenta alguna a su nombre. Ello porque el único documento aportado por el reclamante solo reflejaba un número de cuenta supuestamente existente en 1996 a su nombre, en entidad después absorbida por aquella contra la que reclamaba. A la vista de la antigüedad e insuficiencia de la documentación aportada, que no reflejaba saldo alguno, no se encontró motivo para calificar negativamente la actuación de la entidad.

Tampoco se apreció quebrantamiento en el expediente R-202118211, cuyo motivo fue que la entidad no había atendido una petición de identificación del beneficiario

de una transferencia ordenada ocho años antes. La entidad alegó que solo podía reproducir los datos que constaban en el justificante de emisión de la transferencia, que aportaba el propio reclamante. Dado el tiempo transcurrido sin que se hubiera presentado reclamación contra el movimiento, tampoco se encontró motivo para calificar negativamente la actuación de la entidad.

2.7 Cancelación de cuentas de pago

El contrato de depósito a la vista puede ser resuelto en cualquier momento, tanto por el titular como por la entidad bancaria (art. 32, apartados 1 y 4, del RDLSP).

2.7.1 A iniciativa de la entidad bancaria

De acuerdo con el RDLSP, de acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver un contrato celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses.

La cancelación unilateral de cuentas por parte de la entidad es una actuación que puede resultar lesiva para los intereses del cliente. Por ello, y para evitar en lo posible que la cancelación se realice de modo sorpresivo para el interesado, este Departamento viene exigiendo que las entidades acrediten no solo que el aviso de cancelación fue notificado en el domicilio contractualmente establecido (si así se hubiera acordado), sino también que se utilizaron, además, los otros medios de comunicación disponibles (fundamentalmente, el correo electrónico) que pudiera haber facilitado el cliente y resulten más idóneos en el caso de que se trate.

La entidad no tiene obligación de motivar su decisión de cancelar un contrato de cuenta de pago abierta, ya que la normativa de servicios de pago no lo exige y en nuestro derecho rige el principio general de libertad de contratación. Así lo hemos recordado en los numerosos expedientes de reclamación que cada año se presentan por este motivo, en los cuales el DCE no aprecia quebrantamiento si la entidad respeta el plazo de preaviso de dos meses.

Puede ocurrir que las entidades decidan cancelar unilateralmente una cuenta a resultas de las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Véase a este respecto lo indicado en la parte de esta Memoria dedicada a dicha normativa específica.

En ocasiones, las entidades avisan a su cliente de la resolución contractual respetando el plazo de antelación previsto en la norma, pero implementan simultáneamente de forma inmediata restricciones operativas o bloqueos en las posiciones afectadas, sin referir una mínima justificación sobre su actuación, como

pudiera ser, por ejemplo, la referencia a la observancia de sus obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales. Con esta actuación estarían partiendo de la premisa de que la facultad de resolver unilateralmente el contrato, preavisando con una determinada antelación, ampara por sí sola el bloqueo inmediato de la cuenta.

El bloqueo podría tener un carácter accesorio respecto a la cancelación de la cuenta solo en aquellos casos en los que, expirado el plazo de preaviso, la entidad pone finalmente los fondos a disposición del titular de la cuenta cancelada, sin que sea ya posible, lógicamente, operar más con esta. Sin embargo, si la entidad bloquea la cuenta sin que haya expirado el plazo de preaviso, dicho bloqueo, en cuanto medida restrictiva de los derechos de los clientes, deberá ser justificado y motivado de manera independiente, según lo expuesto en el apartado correspondiente a bloqueos.

2.7.2 A iniciativa del cliente

El usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, y el proveedor de servicios de pago cumplirá 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). La resolución de un contrato marco será gratuita para el usuario de servicios de pago siempre que el contrato haya estado en vigor durante al menos seis meses. En este último caso, cualquier comisión o gasto aplicable por la resolución del contrato será adecuado y acorde con los costes. De las comisiones y los gastos que se cobren periódicamente por los servicios de pago, el usuario solo abonará la parte proporcional devengada hasta la resolución del contrato. Cuando dichas comisiones y gastos se hayan 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 del 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 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 presente a su favor, y el titular debe entregar a la entidad, para su inutilización, todos los instrumentos de pago asociados a la cuenta, como talonarios de cheques o tarjetas.

Se han recibido reclamaciones de clientes que aseguraban haber dado a su banco una orden de cancelación y declaraban haberse visto sorprendidos porque, tiempo (incluso años) después, la entidad les reclamaba una deuda que supuestamente consistía en el saldo negativo de la cuenta, pues esta no reconocía haber recibido en su día esa solicitud de baja de la cuenta, en contra de lo que sostenía la parte reclamante, que no aportaba prueba escrita de la solitud de cancelación. Con ocasión de la tramitación de este tipo de expedientes, este Departamento ha recordado que la ausencia de formalización por escrito de las instrucciones dadas conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia cuando esta fuese objeto de discusión. Por ello, resulta esencial en la práctica bancaria que se recojan por escrito las instrucciones, las solicitudes o los acuerdos, y se conserve copia de los documentos correspondientes, con sello o firma en señal de su recepción, recomendándose 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 los que la parte reclamante no aportaba al expediente prueba de que había solicitado la cancelación de la cuenta, no se pudo 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—, pero se exige que la entidad se pronuncie en el expediente de reclamación sobre la existencia, o no, de la orden de cancelación que el cliente afirma haber formulado y, en los casos en que no lo hace, su actuación se califica como contraria a las buenas prácticas bancarias.

Así, en el expediente R-202128051 la parte reclamante afirmaba que había solicitado en más de una ocasión, presencialmente y por teléfono, la cancelación de su cuenta y que la entidad no había atendido sus instrucciones, pero luego le exigía que abonara una cantidad en concepto de comisión de mantenimiento. La entidad en su escrito de alegaciones solo se pronunciaba sobre el cobro de la comisión. El DCE consideró la conducta de la entidad apartada de los buenos usos y prácticas financieras por no haberse pronunciado en sus alegaciones acerca de las manifestaciones vertidas por la reclamante en lo que a la solicitud de cancelación de su cuenta se refería.

El DCE 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.

No se ha apreciado la concurrencia de una mala práctica bancaria cuando la entidad alegaba, como motivo para no haber cancelado la cuenta a instancias del cliente, y

acreditaba debidamente la existencia de saldo deudor en la cuenta o de contratos vinculados vigentes. Ahora bien, como hemos indicado, si el saldo deudor se debe únicamente al cargo de gastos o comisiones pendientes de liquidar 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 resultaría apartada de las buenas prácticas.

En el expediente R-202125878, el DCE apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en la actuación de una entidad porque no atendió la solicitud del reclamante de cancelación y no justificaba debidamente el motivo, pues, mientras que en su respuesta a la reclamación informó al cliente de que debía pagar ciertas comisiones pendientes de pago, posteriores además a la solicitud de cierre de la cuenta, en sus alegaciones, sin embargo, invocaba como motivo de la no cancelación la falta de consentimiento del cotitular (algo de lo que no informó al cliente antes).

En otras ocasiones, los reclamantes han planteado que la entidad no les permitía solicitar a distancia la cancelación de sus cuentas, sino que exigía que debían solicitarla físicamente en la oficina bancaria. El DCE ha considerado esta actuación contraria a las buenas prácticas en los casos en los que la entidad no acreditaba que estuviera pactada contractualmente la exigencia de que la cancelación fuera ordenada de manera presencial.

Así, en el expediente R-202127922 la entidad alegaba, entre otros motivos para no haber cancelado la cuenta, que el contrato multicanal no preveía que la cancelación pudiera realizarse a través de los canales no presenciales. El DCE no consideró acreditada la existencia de previsión contractual según la cual el cliente estuviera obligado a acudir presencialmente a la oficina para llevar a cabo el trámite de cancelación y, dado que la entidad no había atendido la solicitud de cancelación de la cuenta en el plazo legalmente establecido, apreció en dicha actuación posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y de protección de la clientela bancaria.

Por otra parte, no se considera procedente que los autorizados en cuenta, a los que la práctica generalizada atribuye únicamente facultades de disposición, dieran instrucciones de cancelación de la cuenta a la entidad y fueran atendidas, salvo que la facultad de cancelación por los autorizados estuviera expresamente pactada.

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 su facultad de rescisión que le atribuya el contrato. Sobre los problemas que pueden plantearse en caso de que solo alguno de los cotitulares desee cancelar la cuenta o desee darse de baja en ella, nos remitimos a lo indicado más arriba, en el epígrafe «Cambio de titulares».

2.7.3 Traslado de cuentas de pago

Dentro de las novedades regulatorias acaecidas en los últimos años en el ámbito de los servicios de pago, hemos de mencionar el procedimiento de traslado o portabilidad de cuentas, regulado en el RDL 19/2017, que prevé unos trámites armonizados a escala comunitaria para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma ágil y rápida.

En virtud del citado RDL 19/2017 y de la Orden ECE/228/2019 que lo desarrolla, 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.

Esta normativa 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 establece el procedimiento concreto que se ha de seguir cuando se recibe una solicitud de traslado de cuenta de pago. Este 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 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 los datos de la nueva cuenta a los ordenantes de transferencias periódicas y a los beneficiarios de los adeudos. 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.

Ya el artículo 15.2 de la Orden EHA/2899/2011 y, en desarrollo de esta, la Circular 5/2012, en su norma quinta, punto 5, 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, debiendo indicar la entidad de forma destacada, en caso de no haberse adherido, este último aspecto.

Este Departamento 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, las reclamaciones deberían formularse contra ambas entidades, aportando los datos concretos de la operación de traspaso que consideren defectuosamente realizada, las fechas en las que fue solicitado el traspaso y en las que fue efectuado, la demora y cuantos datos sean necesarios para comprobar si el procedimiento se realizó correctamente, toda vez que el DCE solo puede pronunciarse sobre operaciones concretas y debidamente documentadas.

En 2021 se han recibido algunas reclamaciones sobre el procedimiento descrito en el RDL 19/2017, en su mayoría relativas al retraso o incumplimiento del plazo máximo para realizar el traslado de cuentas regulado en el artículo 13, y cuyos trámites se describen en el recuadro 2.5, así como relativas al cobro de una comisión en concepto de transferencia del saldo disponible en la cuenta de la entidad transmisora.

Así, por ejemplo, en el expediente R-202124249 la parte reclamante solicitaba el traslado de su cuenta de una entidad a otra. La entidad receptora solicitó dicho traspaso a la entidad transmisora mediante formulario impreso suscrito por los titulares de la cuenta. Fue esta entidad transmisora la que dilató en el tiempo sus obligaciones de cancelación de la cuenta en la fecha indicada y de transferir el saldo acreedor a la cuenta de pago del cliente en la entidad receptora. En consecuencia, este Departamento concluyó que se había producido un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria; en concreto, de lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, que regula las acciones del proveedor de servicios de pago transmisor.

Del mismo modo, en el expediente R-202127254 la parte reclamante afirmaba haber solicitado el traslado de su cuenta y no haber obtenido respuesta de la entidad transmisora. Nuevamente, la entidad receptora solicitó dicho traspaso a la entidad transmisora mediante formulario suscrito por el titular de la cuenta. Ambas entidades alegaron cuestiones técnicas de diversa índole para justificar el retraso del traslado de cuenta solicitado. En consecuencia, este Departamento determinó que

la conducta de las dos entidades involucradas se había apartado de la normativa que regula el procedimiento de traslado de cuentas de pago; en concreto, al no quedar acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 11 y 13 del RDL 19/2017. Adicionalmente, se reprochó que ambas entidades pretendiesen hacer recaer sobre su cliente las consecuencias que de las dificultades técnicas que se habrían producido con respeto a los procedimientos para tramitar la solicitud de traslado de cuenta se estaban derivando, imposibilitando con ello el traslado de cuenta solicitado.

En relación con el cobro de una comisión en concepto de transferencia del saldo disponible en la cuenta de la entidad transmisora, el DCE, en el expediente R-202109907, entre otras cosas, consideró que la conducta de la entidad reclamada podría suponer un quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 11.1.d) en relación con el artículo 9.1 de la Orden ECE/228/2019, dado que estos preceptos establecen que el servicio de traslado de cuentas tendrá carácter gratuito para el cliente y para el proveedor de servicios de pago receptor.

2.8 Medidas restrictivas sobre cuentas corrientes adoptadas por las entidades en cumplimiento de exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales

La LPBC y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo, establecen determinados supuestos en los que las entidades financieras, como sujetos obligados a esta normativa, deben abstenerse de mantener relaciones de negocio o de ejecutar operaciones. Así:

— En ningún caso mantendrán los sujetos obligados relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas (art. 3.1 de la LPBC).

— Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en la LPBC. Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocios, los sujetos obligados pondrán fin a esta (art. 7.3 de la LPBC).

— Los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar cualquier operación respecto a la que exista indicio o certeza de que está relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (arts. 18 y 19 de la LPBC).

— Los sujetos obligados documentarán sus procedimientos de control interno en un manual de prevención, que comprenderá, entre otros

aspectos, una descripción de los clientes que potencialmente puedan suponer un riesgo superior al promedio y de las medidas que se habrán de adoptar para mitigarlo, incluidas, en su caso, la negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones, o la terminación de la relación de negocios (art. 33.1 del Real Decreto 304/2014).

Más en particular, la LPBC establece:

— En su artículo 5, la exigencia de obtener información sobre el propósito y la índole prevista de la relación de negocios. En particular, para tal fin podrán recabar de sus clientes información necesaria para conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial, así como adoptar medidas que permitan comprobar razonablemente la veracidad de la información.

— Asimismo, en el artículo 6 se 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. Para llevar a cabo este escrutinio es necesario que el sujeto obligado conozca el perfil empresarial y de riesgo del cliente, al objeto de conocer qué operaciones no se ajustan a este y deben ser objeto, en su caso, de lo que el artículo 17 de la ley llama «examen especial».

— En el artículo 7.3 se 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, debiendo poner fin a la relación de negocio cuando esta imposibilidad se aprecie en el curso de esta. También se establece 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 aquellas[21].

Las referidas obligaciones fueron desarrolladas por el Reglamento de la LPBC, aprobado 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

21 En la misma línea, el RDL 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, en sus artículos 6 y 7, establece que las entidades de crédito podrán resolver unilateralmente un contrato marco de cuenta de pago básica en los casos en los que 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. Y, además, que, cuando el contrato se resuelva por dicha razón, la resolución será efectiva de forma inmediata y «sin necesidad de justificación».

del cliente y con sus antecedentes operativos, así como asegurar 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.

La obligación que tienen las entidades financieras de no ejecutar operaciones o de abstenerse de mantener relaciones de negocio en los casos antes señalados se instrumenta, en la práctica, mediante un conjunto de medidas restrictivas, que pueden comprender cancelaciones, bloqueos o restricciones operativas de las cuentas de sus clientes.

En el escenario expuesto, y observando que la conducta de las entidades hacia la clientela comprende actuaciones que podrían no resultar conformes con una conducta proporcionada y respetuosa con los intereses de la clientela, se publicaron en la *Memoria de Reclamaciones 2020* una serie de criterios comunes de buenas prácticas bancarias elaborados en colaboración por el Banco de España y el Sepblac —que se exponen detalladamente en el recuadro 2.3—, relativos principalmente a la implementación de medidas restrictivas en esta materia por parte de los sujetos obligados, que darán lugar a los correspondientes pronunciamientos contrarios a las buenas prácticas por parte del DCE en caso de su inobservancia.

La necesidad del establecimiento de criterios conjuntos deriva del hecho de que, tanto en la actividad ordinaria del Sepblac como en la del Banco de España —área de reclamaciones y consultas de usuarios bancarios individuales o asociaciones—, se vienen poniendo de manifiesto en los últimos años diversos problemas generales derivados de la implementación en la práctica, por parte de las entidades supervisadas, en cuanto que sujetos obligados, de determinadas medidas restrictivas sobre los productos contratados con sus clientes, que se ampararían en la aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales o en razón de cuestiones conexas con la anterior, como lo sería la debida diligencia en aspectos relativos a solicitar documentación sobre identificación de sus clientes.

Nos referimos, en concreto, a bloqueos generales y a cancelaciones de cuentas implementados al margen de las disposiciones que resultarían aplicables de forma ordinaria según la normativa de servicios de pago, en la que podrían encuadrarse, por ejemplo, las resoluciones ordinarias de contratos con un preaviso de dos meses[22]. La adopción de tales medidas restrictivas produce serios perjuicios a los clientes objeto de ellas.

22 El RDL 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, establece en su artículo 32, apartado 4, que, «de acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver un contrato marco celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses».

Recuadro 2.3

CRITERIOS COMUNES DE BUENAS PRÁCTICAS BANCO DE ESPAÑA-SEPBLAC SOBRE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO AL ADOPTAR BLOQUEOS O CANCELAR RELACIONES CON LA CLIENTELA

Las actuaciones de *los sujetos obligados* a la hora de cumplir con la *normativa de prevención del blanqueo de capitales* han de resultar ajustadas a un elemental *principio de proporcionalidad* para que pueda entenderse que su conducta resulta conforme a *las buenas prácticas*.

Sobre la base de dicho principio, los criterios de buenas prácticas conjuntos elaborados en colaboración por el Banco de España y el Sepblac, que se aplicarán a partir de la fecha de publicación de la presente Memoria, son los siguientes:

— *En cuanto a la información que se ha de facilitar a los interesados,* el principio general debe ser el de facilitarles de forma previa o inmediata, al menos, una *genérica motivación del porqué de la medida adoptada,* con cita expresa de la Ley 10/2010, *excepto* en el supuesto de que el sujeto obligado estimara que en el concreto caso planteado concurrieran especiales razones de confidencialidad para no hacerlo.

— La implementación generalizada o rutinaria de *medidas de diligencia debida* debe compatibilizarse con un *cierto grado de flexibilización* en su aplicación, de modo que puedan *ser valorables circunstancias especiales* concurrentes en cada caso concreto, como pueden ser, por ejemplo, los impedimentos derivados del estado de salud del cliente o la distancia del lugar donde reside. En este contexto, se señala, a efectos ejemplificativos que pudieran paliar dichos impedimentos, que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1.d) del Reglamento de la Ley 10/2010, el Sepblac ha autorizado el empleo de procedimientos de videoidentificación de clientes en operaciones no presenciales, con sujeción a las especificaciones mínimas establecidas en el documento «Autorización de procedimientos de videoidentificación».

En los casos en los que la adopción de las medidas restrictivas se fundamente exclusivamente en la *desatención de requerimientos de documentación o información de carácter generalizado, rutinario o periódico,* efectuados en el marco de procesos ordinarios de diligencia debida, sin que se señale la concurrencia adicional de elementos significativos de riesgo, *el principio general,* en los casos en los que finalmente se estime necesario adoptar medidas restrictivas*, debe ser el de cierta gradualidad en su aplicación,* considerando en su conjunto tanto la *intensidad* de las medidas adoptadas como los distintos *plazos* relativos a su implementación y las *condiciones subjetivas del requerido* cuando se trate de personas individuales. A estos efectos, *pueden valorarse aspectos* como la realización de requerimientos sucesivos, el plazo otorgado para cumplimentarlos, el canal de comunicación empleado, la implementación previa de restricciones operativas parciales antes de recurrir a bloqueos totales, etc.

En particular, en los casos que se indican, se tendrán en consideración las siguientes pautas:

— En los supuestos de *no renovación* de los datos sobre la emisión *por caducidad* del *documento nacional de identidad,* no se considera que la adopción de medidas restrictivas resulte proporcionada, *excepto* en caso de que la entidad adujera expresamente que, debido al tiempo transcurrido o por otras circunstancias del caso, la identidad del interesado pueda resultar insuficientemente acreditada.

— Dadas las particularidades administrativas que conlleva la renovación de los *permisos de residencia*, *tampoco* se considera *proporcionado* adoptar medidas restrictivas por el mero hecho de su *caducidad*. Nuevamente, deben ponderarse otros elementos, como el tiempo transcurrido desde la caducidad o que la identidad del interesado pueda considerarse por cualquier otro motivo insuficientemente acreditada.

— En los supuestos de *expiración* de la vigencia de los *cargos representativos* de las *comunidades de propietarios,* una razonable gestión de los riesgos en materia de prevención que presenta la clientela de esta tipología aconseja, junto con alguna resolución de jurisprudencia menor, que *deban entenderse tácitamente prorrogados* los nombramientos. Por ello, la adopción de medidas restrictivas *solo sería procedente* en tanto concurrieran razones para pensar que tales *cargos* podrían haber sido *revocados*, se ha procedido al nombramiento de otros nuevos o existan discrepancias significativas al respecto en el seno de la comunidad afectada.

Recuadro 2.3

CRITERIOS COMUNES DE BUENAS PRÁCTICAS BANCO DE ESPAÑA-SEPBLAC SOBRE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO AL ADOPTAR BLOQUEOS O CANCELAR RELACIONES CON LA CLIENTELA (cont.)

— No se considera proporcionado, en el caso de personas físicas, adoptar este tipo de medidas restrictivas *por falta de aportación de la declaración del IRPF del cliente* en los casos en los que no se ha producido previamente una operativa de entidad significativa que se estime necesario justificar.

— En todo caso, la aplicación de medidas restrictivas de la operativa con un cliente *no debe suponer la inmovilización indefinida de fondos,* de modo que, superado un tiempo razonable, la entidad debe proceder a ponerlos a disposición de la autoridad competente o de su titular[1], o bien expresar las razones que puedan haber inducido en el caso concreto a actuar de manera diferente.

— En los casos de existencia de préstamos u otros productos de activo con pagos pendientes, se considera *proporcionado permitir la operativa razonable necesaria para la atención de estos,* excepto que la entidad valore y exprese que en el caso concreto planteado, bien sea por la cuantía de la operativa, bien sea por otras causas de especial significación, deba proceder al bloqueo total de las operaciones.

— En relación con la denegación de acceso a la cuenta de pago básica por motivos relacionados con la prevención del blanqueo de capitales, el Banco de España, realizando una interpretación conjunta del RDL 19/2017 y de la Ley 10/2010, se abstendrá de *emitir pronunciamiento contrario* a la entidad en el supuesto contemplado expresamente en el artículo 4 del mencionado RDL 19/2017[2], así como también en los supuestos íntimamente relacionados que se describen a continuación:

- *Cuando las entidades aprecien y manifiesten* —y estén en disposición de acreditar ante el Banco de España— la *concurrencia de un riesgo efectivo y real de blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo por parte del solicitante de la cuenta.* No bastaría a este respecto una alusión genérica a razones derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, ni cabría la utilización de este supuesto como pretexto para rechazar a los consumidores por motivos comerciales.

- Cuando una entidad limite el derecho de acceso a la cuenta de pago básica y esa misma entidad *hubiera cancelado relaciones comerciales con el potencial cliente en el período de dos años anterior a la petición* (siempre que dicha cancelación se hubiera debido al cumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo).

1 Sin perjuicio del supuesto previsto en el artículo 48 bis, apartado 6, de la Ley 10/2010.

2 El RDL 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, establece en su artículo 4 que las entidades denegarán el acceso a la cuenta de pago básica, entre otros supuestos, cuando: «a) El potencial cliente no aporte la información requerida por la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de dicho cliente dentro del marco de lo previsto en el capítulo II de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y sus normas de desarrollo.»

No cabe duda de que tanto las obligaciones impuestas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales como el deber general de evitar la comisión de actividades delictivas pueden, en determinados casos, prevalecer sobre las disposiciones específicas de la normativa de servicios de pago.

No obstante, ni la decisión de aplicación de medidas restrictivas ni su implementación práctica deben ser ajenas al establecimiento de un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen los diferentes intereses en juego. Se trata de evitar que conductas

u omisiones con una relevancia mínima de cara a la prevención del blanqueo de capitales puedan suponer la imposición de medidas restrictivas muy gravosas para los interesados, sean estos individualmente considerados o por mera pertenencia a un colectivo determinado.

Lo expuesto resulta, además, coherente con la obligación de los sujetos obligados de desarrollar sus procedimientos en materia de prevención, en función del riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Desde la publicación de los criterios comunes de buenas prácticas, se han recibido reclamaciones en las que han comenzado a aplicarse dichos criterios, como sucede, por ejemplo, en la R-202104111, donde la entidad reclamada requirió a su cliente la aportación de su declaración del IRPF, sin acreditar que se hubiese producido una operativa de entidad significativa que se estimase necesario justificar. En consecuencia, este Departamento consideró que la actuación de la entidad resultaba alejada de las buenas prácticas bancarias y usos financieros.

Por otro lado, para enmarcar la cuestión, señalamos, además, que la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sienta en su artículo 23 un principio general de exención de responsabilidad en cuanto a las comunicaciones de buena fe realizadas a las autoridades competentes, y en su artículo 7.3 indica que «la negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados».

Además de la verificación de los criterios expuestos anteriormente, el DCE puede seguir analizando determinados aspectos de la actuación de las entidades a la luz de las buenas prácticas bancarias y, en su caso, valorar si la gestión realizada por aquellas ha sido diligente frente a la clientela[23].

En esta línea de revisión de la actuación de las entidades en estos supuestos, debe apuntarse lo siguiente:

— En los casos en los que los clientes señalan que no fueron informados en su momento de la implementación de la medida restrictiva o de la motivación de esta, este Departamento sostiene que, en aras de un elemental principio de transparencia, así como para evitar en lo posible que los interesados puedan estar sujetos sin su conocimiento a restricciones operativas en sus cuentas, debe examinarse si la entidad comunicó a su cliente la adopción de la medida restrictiva de que se trate.

23 Los criterios que se reflejan en este apartado han sido comunicados al Sepblac.

Esta comunicación debe producirse de forma previa o, de no resultar posible, inmediatamente después de la adopción de la medida, y ha de comprender al menos una genérica motivación de esta o una referencia a la normativa que la ampara. Estas exigencias únicamente cederán en los casos en los que la entidad financiera ponga de manifiesto que, en el concreto supuesto planteado, habrían concurrido especiales razones de confidencialidad o de orden público que puedan determinar la improcedencia de la comunicación o de su contenido antes aludido.

— La comunicación se efectuará de acuerdo con lo establecido contractualmente a efectos de notificaciones. No obstante, en consideración de la potencial lesividad de estas actuaciones, este Departamento estima que las entidades deben utilizar, además, los medios de comunicación disponibles que pudiera haber facilitado su cliente y resulten más idóneos en el caso de que se trate, para garantizar que la comunicación se realice de forma efectiva. A estos efectos, en los casos en los que los reclamantes señalen que no recibieron comunicación alguna, las entidades deberán explicitar en sus respuestas y alegaciones los medios de comunicación facilitados por el cliente y aportar detalle sobre la posible utilización, o falta de utilización, de estos.

— Se han planteado reclamaciones en las que se incide específicamente en que la medida restrictiva fue adoptada sin que los interesados fueran advertidos con una antelación razonable. En estos casos, este Departamento viene reiterando la idea general de que no resulta competente para pronunciarse sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las entidades, en cumplimiento de las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, y que, por tanto, no puede juzgar tampoco la valoración efectuada por la entidad en cuanto a la necesidad de que la medida fuera adoptada de forma inmediata o en plazos perentorios, excluyendo, en consecuencia, la posibilidad de que pudiera ser advertida previamente al interesado.

— En ocasiones se pone de manifiesto en el expediente que la adopción de la medida restrictiva tiene su fundamento en la falta de atención a requerimientos genéricos y normalizados de información o documentación realizados en el marco de procesos ordinarios de diligencia debida, destinados al conocimiento y a la actualización de la actividad económica de los clientes. En estos concretos supuestos, desde la perspectiva de las buenas prácticas, este Departamento puede analizar, en función de las circunstancias planteadas en cada caso, aspectos como los que se enumeran a continuación:

- Si la entidad ha cursado con antelación razonable la solicitud de información al cliente, especificando con claridad su objeto. A este respecto, se señala que se considera buena práctica que este tipo de requerimientos se realicen, además de a través del procedimiento establecido contractualmente, utilizando los medios de comunicación disponibles (fundamentalmente, el correo electrónico) que pudiera haber facilitado su cliente y resulten más idóneos en el caso de que se trate, para garantizar que la comunicación se realice de forma efectiva. También se considera buena práctica, en este sentido, la reiteración del requerimiento en los casos en los que no ha sido atendido en una primera instancia.

- Si la entidad ha advertido expresamente a su cliente de la posible adopción de la medida restrictiva en caso de que la solicitud de información sea desatendida, así como los plazos en los que podría adoptarse.

Las exigencias en relación con la solicitud previa de información son independientes de la relativa a la comunicación de la efectiva adopción de la medida, excepto en los casos en los que este Departamento estime que esta última pudo resultar innecesaria, por considerar que la actuación de la entidad no resultó finalmente sorpresiva para su cliente. A tal efecto, se podrá valorar si la solicitud de información se realizó de acuerdo con el principio de comunicación efectiva; si la adopción de la medida se produjo en los plazos advertidos previamente, y si no existe discrepancia entre las partes sobre si el requerimiento fue adecuadamente cumplimentado o no.

2.9 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

Los promotores y los 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 2016)[24], 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 Departamento 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, que mantiene la Ley 38/1999 y que 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 de 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 "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.»

---

24 La Ley 57/1968, de 27 de 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).

El Tribunal Supremo aclaró en otras sentencias que la responsabilidad no recae en la entidad financiera que concede el préstamo al promotor, sino en aquella que percibe los ingresos de los adquirentes (sentencia de 16 de enero de 2015), y que esa responsabilidad a cargo de la entidad bancaria no es una responsabilidad a todo trance, a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino derivada del incumplimiento de los deberes que impone la ley (sentencia 502/2017, de 14 de septiembre).

En las reclamaciones presentadas sobre esta temática en el ejercicio 2021 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, por falta de evidencias probatorias o por haber transcurrido más de seis años desde la fecha de los hechos denunciados, no ha podido emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

A los anticipos de vivienda que se hayan entregado después de enero de 2016 les resulta ya aplicable la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, que dispone expresamente (apartado 7) que el incumplimiento de las obligaciones impuestas en ella constituirá infracción en materia de consumo y se aplicará lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP). En consecuencia, este Departamento ha considerado que debe abstenerse de emitir su opinión sobre reclamaciones relacionadas con anticipos del precio de vivienda entregados después de enero de 2016, al comprobar que la norma vigente en 2016 no le atribuye la competencia para fiscalizar los hechos, sino que la asigna, específicamente, a los organismos de consumo competentes en materia de protección de los consumidores y usuarios o, en su caso, a la DGSFP.

3 Depósitos a plazo con garantía del principal

Los depósitos a plazo que tengan garantizada la devolución del principal a su vencimiento están sometidos a la normativa de transparencia bancaria general —la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012—, y corresponde al DCE la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen sobre ellos.

Los depósitos estructurados o híbridos no se contemplan en esta Memoria, ya que, tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores —efectuada por el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre—, se rige por dicha norma su comercialización, incluida la información al cliente, y quedan atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) las competencias de supervisión y de resolución de reclamaciones sobre tales depósitos, no siendo competente ya este Departamento.

3.1 Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos

La Orden EHA/2899/2011 y la Circular 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.

3.1.1 Explicaciones adecuadas

La orden establece la obligación para las entidades de aportar explicaciones adecuadas sobre las características de los depósitos objeto de la contratación.

Ni la orden ni la circular de transparencia exigen forma escrita para las explicaciones adecuadas. 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 proporcionar, 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 anejo 1 de la Circular 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 anejo 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 consultarlo[25].

3.1.2 Información precontractual

La Orden EHA/2899/2011 otorgó rango normativo a la exigencia de entrega de información con carácter previo a la contratación, al establecer en su artículo 6 que las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre el servicio bancario (en este caso, el depósito a plazo) 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

25 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.

contrato u oferta. Como se ha referido anteriormente, en el epígrafe referido a la apertura de cuentas de pago, la orden conocida como «de los semáforos» o «de los números» exige que, para depósitos a plazo, se incluya el indicador de riesgo que resulte procedente (el 1 o de menor riesgo sería de aplicación a los depósitos bancarios en euros, mientras que, si están denominados en moneda distinta del euro, entrarían en la clase 6 o de mayor riesgo).

La norma sexta de la Circular 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 que 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 esta circular (en relación con su anejo 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 las que quedará sujeto).

b) La existencia o no del derecho a cancelar anticipadamente el depósito y, en su caso, la comisión o penalización —que 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 Departamento y que queda recogido expresamente en esta norma—.

c) La circunstancia de que la retribución se condiciona a la contratación o uso de uno o de varios servicios accesorios, así como cada uno de estos servicios.

d) La TAE.

e) La denominación traducida del fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad, cuando sea diferente del previsto en el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre —circunstancia que debe resaltarse—, su domicilio y, en su caso, la dirección de su sitio web.

La previsión que establece la norma sexta de la Circular 5/2012 de que la entrega de la documentación precontractual debe efectuarse con la «debida antelación» tiene por objetivo posibilitar al futuro cliente identificar las condiciones financieras esenciales de la operación y facilitar la comparación con otras ofertas disponibles en el mercado, de manera que pueda adoptar una decisión informada sobre la

suscripción del contrato de crédito. Serían situaciones indeseadas por la norma aquellas en las que la entrega de la información precontractual se produjese de forma simultánea a la firma del contrato. Por ello, la falta de prueba en cuanto a la antelación con la que la información precontractual se pone a disposición del cliente —al igual que la omisión de acreditación de la entrega de dicha documentación— podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia.

En los casos en los 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 Departamento 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 sobre el depósito en cuestión. En los supuestos en los que no se acreditó la entrega de información previa, el DCE apreció mala práctica en su actuación y, en su caso, un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

En el expediente R-202100263, el motivo de la reclamación era la penalización aplicada por la entidad por la cancelación anticipada de un depósito a plazo. El reclamante manifestaba que no había sido informado de la existencia de dicha penalización. Este Departamento apreció posible quebrantamiento de la normativa en la actuación de la entidad bancaria, porque, aunque aportó al expediente la información precontractual en la que figuraba la penalización objeto de controversia, no acreditó que la facilitase a su cliente con anterioridad a la fecha de contratación.

Para acreditar la entrega de información precontractual al cliente, el DCE no considera suficiente la mera 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 esta naturaleza, se invierta la carga de la prueba y sea el cliente quien tenga que demostrar que la entidad financiera no le entregó la debida información. Entiende ese tribunal que una cláusula como la indicada constituye únicamente un indicio de que la información se entregó, debiéndose corroborar, en todo caso, con los medios de prueba pertinentes.

3.1.3 Formalización del contrato. Contenido

El contenido mínimo del contrato lo regulan con todo detalle el artículo 7, apartado 3, de la Orden EHA/2899/2011 y la norma décima de la Circular 5/2012. El artículo 7 establece los extremos que, de forma explícita y clara, deben 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 de 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 obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito, así como el coste total que supondría el ejercicio de tales facultades.

Resulta destacable que, en caso de preverse la prórroga del contrato, se deberán indicar las condiciones para dicha prórroga. En concreto, el contrato debe incluir la obligación de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga con antelación razonable (o, como máximo, en el momento de la propia prórroga, si así se pacta y 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 el que se le comuniquen las nuevas condiciones) y la forma y las condiciones en que el cliente podrá prestar su consentimiento a dicha prórroga.

Asimismo, el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011 y el apartado 3 de la norma novena de la Circular 5/2012 establecen la obligación de las entidades de entregar al cliente el documento contractual en el que se formalice el depósito, así como el deber de conservarlo en soporte duradero, junto con el recibí del cliente, y de poner a disposición del titular una copia en cualquier momento en el que este pudiera solicitarla. Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido, y en ese caso el recibí del cliente lo constituirá el propio acuse de recibo.

3.2 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.

Así pues, las entidades de crédito pueden aplicar en sus operaciones bancarias los tipos de interés que acuerden con sus clientes (art. 4 de la Orden EHA/2899/2011), debiendo estar las partes a lo que se encuentre recogido en los respectivos contratos de depósito a plazo.

En el expediente R-202115687, el reclamante se quejaba de que el tipo de interés aplicado por la entidad (0,05 %) era inferior al pactado. La entidad aportó al

expediente la documentación precontractual y el contrato suscrito, en los que se establecía un tipo de interés del 0,05 % y se contemplaba un tipo de interés bonificado del 0,50 % si se cumplía la condición de mantener en la entidad una posición global igual o superior a la inicial. Si bien la entidad alegaba que su cliente no cumplía dicha condición porque tenía una posición del 84 % del saldo inicial y no del 90 %, no acreditó documentalmente este extremo, por lo que el DCE apreció en su actuación vulneración de las buenas prácticas bancarias.

3.3 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 (art. 8.3 de la orden), lo detalla el anejo 4 de la Circular 5/2012 para el caso de los depósitos a plazo aquí analizados, tanto si tienen remuneración dineraria como en especie.

Los documentos deben incluir todos los datos de la liquidación; por ejemplo, la fecha y el período al que se refiere, el importe del depósito, el tipo de interés nominal aplicado, el importe de los intereses resultantes, el rendimiento efectivo remanente (o la TAE), el concepto de cada comisión, los gastos e impuestos repercutidos, en su caso, el ingreso a cuenta y, en general, todos los antecedentes necesarios para poder comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

3.4 Renovación y modificación del tipo de interés

En los depósitos de duración determinada, en el contrato habitualmente se contempla la posibilidad de su renovación tácita y las condiciones para llevarla a cabo. 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 de la renovación tácita y, en dicho caso, de las condiciones de aplicación.

De la normativa de aplicación a la prórroga de los depósitos a plazo, cabe resaltar 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 las 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 las 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.

— Las comunicaciones que, en 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.

Este Departamento entiende 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 remitido la preceptiva comunicación previa de las nuevas condiciones o no la hubiese efectuado con la suficiente antelación para permitir al cliente valorar si eran de su interés o, por el contrario, optar 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, según el artículo 7, apartado 3, de la Orden EHA/2899/2011, el documento contractual relativo al depósito debe recoger de forma explícita y clara una serie de extremos; entre ellos, el conjunto de derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados, y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.

Y, según el artículo 8, apartado 2, de la misma orden, 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. No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

Finalmente, el apartado 6 de la norma undécima de la Circular 5/2012 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 informaciones.

Es habitual que, llegado el vencimiento del depósito y para su renovación, se ofrezca un tipo de interés nominal diferente del inicial, sin que ello sea constitutivo de una mala práctica bancaria, dada la habitual oscilación de los tipos de interés en el mercado de dinero, pero se deben cumplir los principios de claridad y transparencia con el cliente, y este debe disponer del período de reflexión mínimo de un mes para decidir si acepta, o no, la renovación con el nuevo tipo de interés.

En el expediente R-202112994, el objeto de discrepancia consistía en que un depósito a plazo se había renovado automáticamente a un tipo de interés inferior al inicial (pasó del 0,5 % al 0 %) y la entidad bancaria no había cumplido su obligación de notificar al reclamante el nuevo tipo, de forma personalizada y con antelación razonable o en el mismo momento de la renovación, deber que establecía el propio documento de información contractual. Si bien el banco alegaba que había informado al reclamante del nuevo tipo aplicable, el DCE apreció carencias en el comunicado de la renovación —en particular, no advertía del derecho del cliente a retrotraer la operación a sus condiciones previas durante el siguiente mes—. En consecuencia, este Departamento consideró que la actuación de la entidad podría suponer un quebrantamiento del artículo 8 de la Orden EHA/2899/2011 y de la norma undécima, apartado 7, de la Circular 5/2012.

3.5 Cancelación anticipada

Respecto a la cancelación anticipada de los depósitos, el DCE mantiene, con carácter general, que las imposiciones a plazo tienen una fecha de vencimiento determinada, que ha de cumplirse. Sin embargo, habitualmente, la facultad mutua de cancelar anticipadamente el contrato de depósito a plazo suele encontrarse recogida en aquel. Si el contrato no recoge esta posibilidad, no cabría la cancelación del depósito antes del vencimiento por la sola voluntad de una parte. En tal caso, solo será posible si llegan a un acuerdo ambas partes, fijando las condiciones en las que pueda tener lugar. 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 5/2012 recogió el criterio que venía aplicando el DCE, relativo a considerar correcto el cobro de la comisión o penalización por cancelación anticipada si su cuantía no excediera del importe total de los intereses brutos devengados desde el inicio de la imposición hasta la fecha de la cancelación en los casos en los que así estuviera expresamente pactada en el contrato, o bien en los casos en los que, 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.

En los últimos años se han examinado expedientes en los 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. Hay que tener presente que la limitación referida al importe máximo de la comisión o penalización por cancelación anticipada 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, siendo la diferencia el importe de la retención fiscal practicada, de lo cual debería advertirse al cliente al contratar.

Entre los expedientes de reclamación cuyo motivo se centraba en que, tras la cancelación anticipada, el cliente no había recuperado todo el principal depositado por causa de la retención, puede citarse el R-202018662. Este Departamento, tras advertir de que carecía de competencia para el análisis del cumplimiento por la entidad bancaria de la normativa fiscal al practicar la retención, expuso su opinión de que, para evitar malentendidos, al contratar el depósito se debería advertir al cliente acerca de esa posible retención en la cancelación anticipada y de que esta pudiera reducir el principal que se habría de devolver. En este caso se apreció en la conducta de la entidad falta de claridad y posible quebrantamiento del artículo 8 de la Orden EHA/2899/2011, y de la norma undécima y anejo 4 de la Circular 5/2012 del Banco de España, porque no incluyó en el documento de liquidación todos los datos que utilizó para hallar las cantidades calculadas en la cancelación anticipada del depósito; en concreto, había omitido los tipos de interés nominal y efectivo, y el tipo y la base usados para el cálculo de la discutida retención.

3.6 Vencimiento del depósito

Llegado el vencimiento de una imposición a plazo en la que no se contempla su renovación, o en aquellos casos en los que, contemplándose esta posibilidad, su titular ha decidido no renovarlo (comunicándolo conforme al procedimiento y con el plazo de preaviso que venga establecido contractualmente), la entidad debe efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro al cliente del nominal y de los intereses convenidos, sin demoras injustificadas.

En caso de contratos de depósito con vencimiento determinado y prórrogas automáticas anuales, las entidades podrán cancelarlos si esa posibilidad está prevista en el contrato y cumplen el plazo de preaviso que este contemple. El

ejercicio de esta facultad contractual se hará respetando 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.

4 Servicios de pago

La normativa de servicios de pago europea ha sufrido una importante transformación en los últimos años, con el objetivo de adaptarla a las innovaciones tecnológicas y, al mismo tiempo, 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 se ha realizado mediante la promulgación del RDLSP[26].

Este real decreto-ley se encuentra en vigor desde el 25 de noviembre de 2018, salvo lo previsto en los títulos II y III, de aplicación a partir del 24 de febrero de 2019, y los artículos 37, 38, 39 y 68, cuya vigencia ha comenzado en 2021 (una vez transcurrida la prórroga que sobre la fecha inicial —el 14 de septiembre de 2019— se estableció para permitir a todas las entidades financieras adaptarse a las exigencias del Reglamento Delegado de la Comisión)[27]. Su publicación, además, supuso para el derecho nacional la derogación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (LSP).

Este real decreto-ley ha sido desarrollado mediante la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (OSP) y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y con la que se deroga la anterior Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; su entrada en vigor, en virtud de su disposición final sexta, se produjo, en su mayor parte, el 1 de julio de 2020.

---

26 Otra novedad en el ámbito de pagos que ha tenido lugar en fecha reciente es la promulgación del Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, relativo a los pagos transfronterizos en la Unión, cuya doble finalidad es, por un lado, acabar con las desigualdades entre los usuarios de servicios de pago de los Estados miembros pertenecientes a la zona del euro y aquellos Estados miembros no pertenecientes a dicha zona en relación con los pagos transfronterizos en euros, y, por otro lado, mejorar la transparencia y la comparabilidad de comisiones por conversión de divisas cuando se realizan pagos transfronterizos.

27 Reglamento Delegado 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva 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.

Por lo tanto, en las reclamaciones resueltas por el DCE durante el año 2021 se han aplicado a las operaciones de pago, con carácter general, las disposiciones establecidas por el RDLSP y la OSP, salvo en aquellas operaciones efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor, a las que ha resultado de aplicación la normativa vigente en el momento en que se produjeron los hechos reclamados.

4.1 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 *[Single Euro Payments Area* (SEPA)[28]], siendo esta el área en la que ciudadanos, empresas y otros agentes económicos pueden efectuar y recibir pagos en euros en Europa, dentro y fuera de las fronteras nacionales, y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en el que se encuentren.

Así, en las operaciones de pago reguladas por el RDLSP:

— 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.

  Se dispone la irrevocabilidad de las órdenes de pago, de modo que, por lo general, el usuario no podrá revocarlas después de ser recibidas por el proveedor de servicios de pago del ordenante.

— 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 repercuta.

---

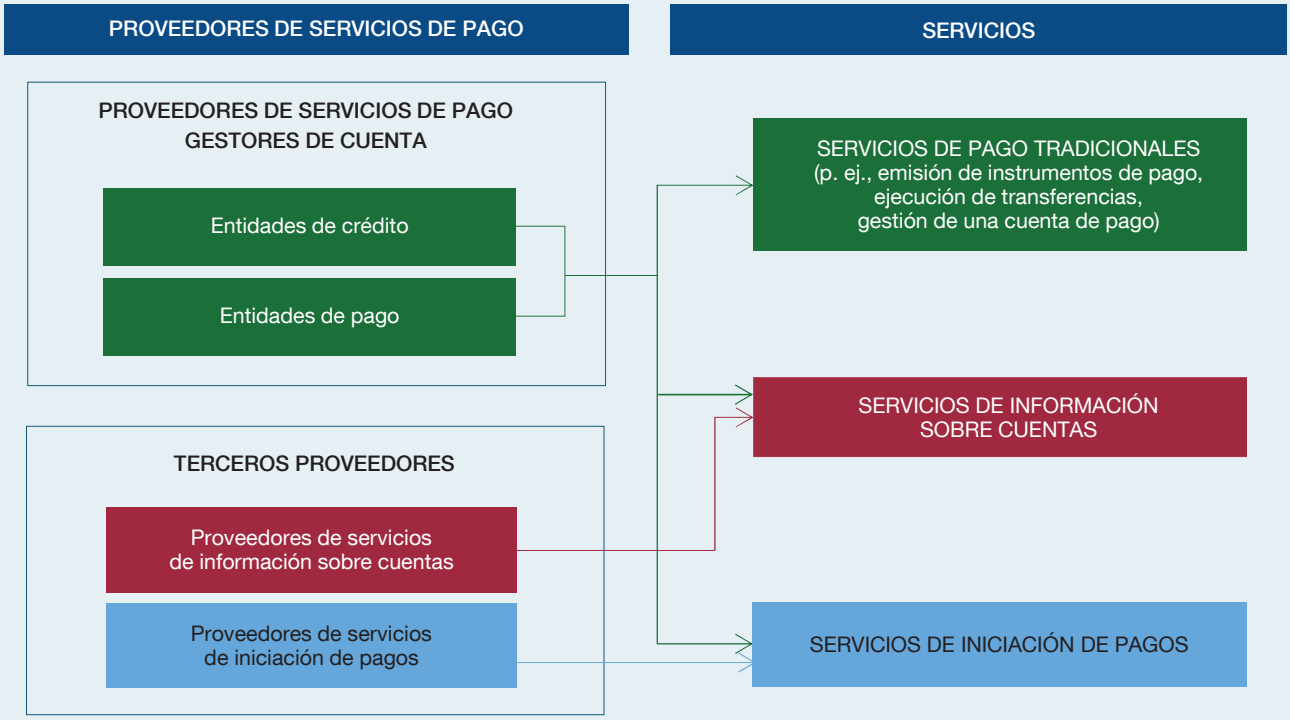
28 La SEPA está integrada por los miembros del Espacio Económico Europeo (actualmente, los 27 Estados de la UE más Liechtenstein, Islandia y Noruega), Reino Unido, San Marino, Suiza, Mónaco, Andorra y la Ciudad del Vaticano.

Recuadro 2.4

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO

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.

La nueva normativa introduce dos grandes cambios en el sector de los pagos: a) la incorporación de nuevos servicios de pago al ámbito regulatorio, en particular los servicios de información sobre cuentas (agregación) 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.

Así, 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), 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 o TPP se suele diferenciar entre los proveedores de servicios de iniciación de pagos y las entidades prestadoras de servicios de información sobre cuentas —también denominadas «agregadores de información»—.

En el esquema 1 puede verse en detalle el nuevo escenario.

Se han reforzado, asimismo, determinados aspectos relativos a la seguridad en los pagos electrónicos, especialmente en las transacciones de carácter remoto, ya sea a través de Internet o por medio de dispositivos móviles, debido, en parte, al notable incremento que dichas transacciones han experimentado en los últimos años, impulsadas por el auge del comercio electrónico.

Cuadro 1
PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA AUTENTICACIÓN REFORZADA

La autenticación reforzada del cliente en la PSD2

Consiste en: autenticación basada en el uso de dos o de más elementos de seguridad independientes		Elementos de seguridad:	— Conocimiento (algo que solo conoce el usuario) — Posesión (algo que solo posee el usuario) — Inherencia (algo que es del usuario)
		Independientes:	— La vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás — No exigencia de dispositivos diferentes
		Credenciales de seguridad personalizadas:	Elementos de seguridad facilitados por el PSP o vinculados por él al cliente
		Elemento de seguridad dinámico si:	— Operación de pago electrónico remota — Presencia de un PISP (*Payment Initiation Service Provider*).
Obligatoria cuando:	— Acceso cuenta pago *online* — Operación de pago electrónico — Acción remota que entrañe riesgo — Presencia de un TPP		
Posibilidad de exenciones, en función de:	— Nivel de riesgo (TRA) — Importe — Canal		
Acompañado de:	Mecanismos de monitorización de transacciones		

FUENTE: C. Conesa, S. Gorjón y G. Rubio (2018), «Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2», *Revista de Estabilidad Financiera,* n.º 35, Banco de España.

Estas medidas y procedimientos de seguridad se regulan en profundidad en el 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, y son de aplicación desde el 14 de septiembre de 2019. Con el objetivo de evitar posibles efectos negativos para algunos usuarios de servicios de pago, la Autoridad Bancaria Europea aceptó que, de manera excepcional, las autoridades nacionales competentes trabajasen con los PSP y otras partes interesadas, incluyendo consumidores y comercios, para conceder un tiempo adicional limitado (hasta el 31 de diciembre de 2020) que permitiese a los emisores de instrumentos de pago y a los adquirentes de operaciones migrar hacia soluciones que cumpliesen con los requisitos de autenticación reforzada del cliente en los pagos en comercio electrónico. Esta flexibilidad supervisora estuvo condicionada a lo que los PSP acordasen con sus respectivas autoridades.

Otro de los cambios relevantes en el sector de los pagos se deriva de la publicación del Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, relativo a los pagos transfronterizos en la Unión, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.° 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas.

Este reglamento forma parte del plan de acción de la Comisión Europea sobre servicios financieros destinados a los consumidores. Su finalidad es, por un lado, facilitar el funcionamiento del mercado interior en relación con los pagos transfronterizos en euros y acabar con las desigualdades entre los usuarios de servicios de pago de los Estados miembros pertenecientes a la zona del euro y los de los Estados miembros no pertenecientes a la zona

Esquema 2
PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUCE EL REGLAMENTO (CE) N.º 924/2009

	Pagos transfronterizos en euros a/desde la zona del euro/no euro	Pagos nacionales y transfronterizos en euros o en una moneda de la UE que conlleven un servicio de conversión de divisas
Igualdad de comisiones	**Pagos transfronterizos en euros = pagos nacionales equivalentes** en la moneda del Estado miembro en el que esté el PSP del usuario (no incluye comisiones por conversión de divisas)	
Servicios de conversión de divisas	**PAGOS BASADOS EN TARJETA** **Obligaciones generales de información:** los gastos se expresarán con un margen porcentual sobre el último tipo de cambio publicado por el BCE **Obligaciones de información en el punto de venta o cajero:** i) importe que se ha de pagar en la divisa del beneficiario, y ii) importe total que se ha de pagar en la divisa de la cuenta del ordenante ***Roaming:*** el PSP del ordenante informará mediante mensaje electrónico si detecta un pago en cajero o punto de venta en una divisa distinta a la de la cuenta (recordatorio mensual)	**TRANSFERENCIAS** – **Transferencias que se inicien *online*** (banca *online,* banca móvil...) – **Antes de iniciar la operación:** i) estimación de los gastos aplicables por la conversión de divisa; ii) importe total estimado de la operación de pago en divisa de la cuenta (incluidos todos los gastos aplicables), y iii) importe estimado que se transferirá en la divisa del beneficiario
Aplicación	**15.12.2019:** igualdad de comisiones **19.4.2020:** conversión de divisas: obligaciones generales/información en cajero y punto de venta/ transferencias **19.4.2021:** conversión de divisas: obligaciones del PSP del ordenante	

FUENTE: Banco de España.

del euro, 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 su día en el Reglamento (CE) n.° 924/2009, a todos los pagos transfronterizos en euros, de modo que, desde el 15 de diciembre de 2019, las comisiones que puede cobrar un proveedor de servicios de pago a un consumidor por los pagos transfronterizos en euros son iguales a las comisiones que puede cobrar por pagos nacionales equivalentes de igual cuantía en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté radicado dicho proveedor de servicios de pago. Es decir, el reglamento pretende garantizar que las comisiones percibidas, en su caso, por ordenar o recibir un pago transfronterizo en euros dentro de la Unión Europea (UE) se igualen a las percibidas por ordenar o recibir un pago nacional equivalente efectuado en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté radicado el proveedor de servicios de pago del usuario de servicios de pago (esto es, del ordenante o del beneficiario de dicha operación de pago).

En lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los servicios de conversión de divisas, desde el 19 de abril de 2020 están en vigor las medidas introducidas por el reglamento para reforzar los requisitos de transparencia exigibles, distinguiendo entre las operaciones de pago basadas en tarjeta y las transferencias (en este último caso, solo cuando se ofrezcan servicios de conversión de divisas asociados a la ejecución de una transferencia *online;* por ejemplo, a través del sitio web o de aplicación de banca móvil de la entidad). Toda la información exigible se facilitará al ordenante de manera gratuita, neutra y comprensible.

En particular, en la conversión de divisas asociada a una operación de pago basada en tarjeta, a fin de facilitar la comparabilidad entre comisiones, los PSP y las partes que

Recuadro 2.4
REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (cont.)

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 debe comunicarse 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 (por ejemplo, en los sitios web o de banca *online* y en las aplicaciones de banca móvil de las entidades).

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 beneficiario, y b) el importe que abonará el ordenante en la divisa de la cuenta del ordenante.

El reglamento establece, además, determinadas obligaciones de información exigibles al proveedor de servicios de pago del ordenante. A partir del 19 de abril de 2021, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante 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, deberá informarle sin demora, 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 1 se resumen brevemente las principales modificaciones que introduce el citado reglamento.

— La fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario coincidirá con la fecha en la que la entidad de este reciba los fondos desde la entidad del ordenante.

Este real decreto-ley extiende su protección a las microempresas en lo referente a las obligaciones de las entidades de transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a las operaciones de pago, resolución y modificación del contrato marco y determinados derechos y obligaciones en relación con la prestación de servicios de pago. Al respecto, la norma entiende por microempresa tanto la persona física que realiza una actividad profesional o empresarial como la persona jurídica que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago, ocupa a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros, de conformidad con lo establecido en la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003[29], sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

29 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-80730.

Finalmente, en la medida en que los pagos se articulan a través de las cuentas de pago, se ha de complementar la normativa anterior con el régimen que regula el traslado de dichas cuentas de pago entre entidades y la comparabilidad sobre los servicios que ofrecen estas, aspectos de la regulación vigente a cuya exposición se dedica el recuadro 2.5.

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, así como el ámbito subjetivo de las normas de transparencia y protección de la clientela, en pocas ocasiones las operaciones planteadas ante este Departamento 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.

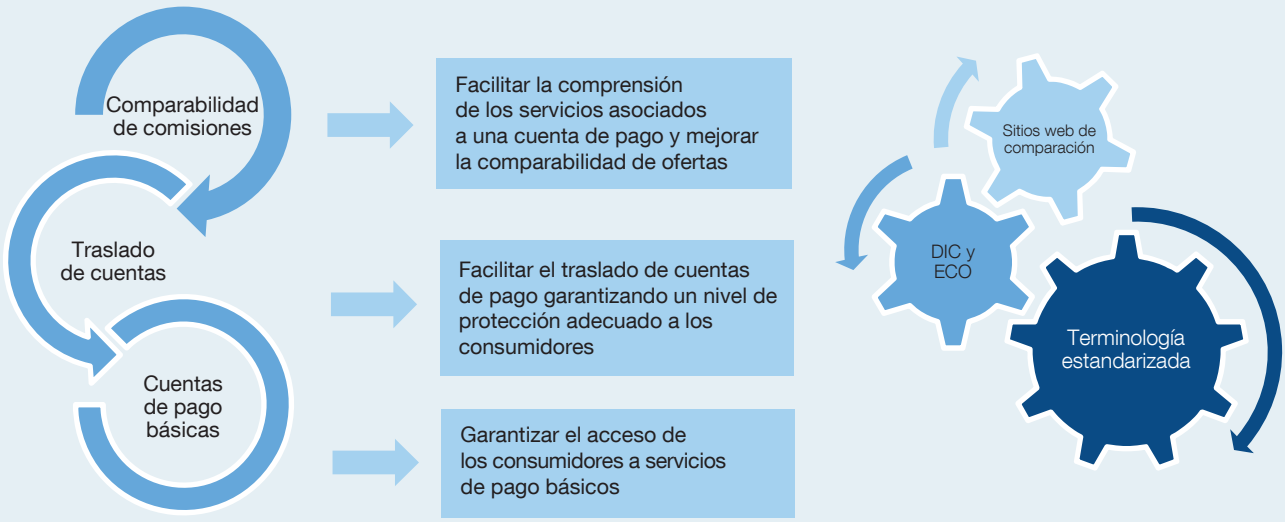
Los servicios de pago más habituales, a los que vamos a hacer referencia en esta Memoria, son el pago mediante tarjeta o instrumento similar (bien sea a través de

Recuadro 2.5

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES

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 la *Orden*

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

TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/92/UE

El **Real Decreto-ley 19/2017** regula:

- **Cuentas de pago básicas:** acceso y denegación; servicios asociados a una cuenta de pago básica; comisiones y gastos, e información general
- Procedimiento para el **traslado de cuentas de pago**
- **Comparabilidad de comisiones de cuentas de pago:** servicios más representativos; documento informativo de comisiones; estado de comisiones, sitio web de comparación del Banco de España y otros sitios web de comparación
- **Régimen sancionador y autoridad competente:** Banco de España

La **Orden ECE/228/2019** desarrolla el **Real Decreto-ley 19/2017** y establece:

- **Cuentas de pago básicas:** comisiones, gastos máximos adicionales y servicios que comprende, así como requisitos de información general sobre estas cuentas
- **Traslado de cuentas de pago:** detalla el procedimiento
- **Requisitos adicionales** que han de cumplir los **sitios web de comparación distintos del Banco de España**

El **Real Decreto 164/2019** regula el régimen de gratuidad de la cuenta de pago básica

FUENTE: Banco de España.

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 cuentas 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 terminología normalizada contenida en el Reglamento

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 2.5

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (cont.)

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 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 estos. 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,

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, correo electrónico 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 de la Circular 2/2019.

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 (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.

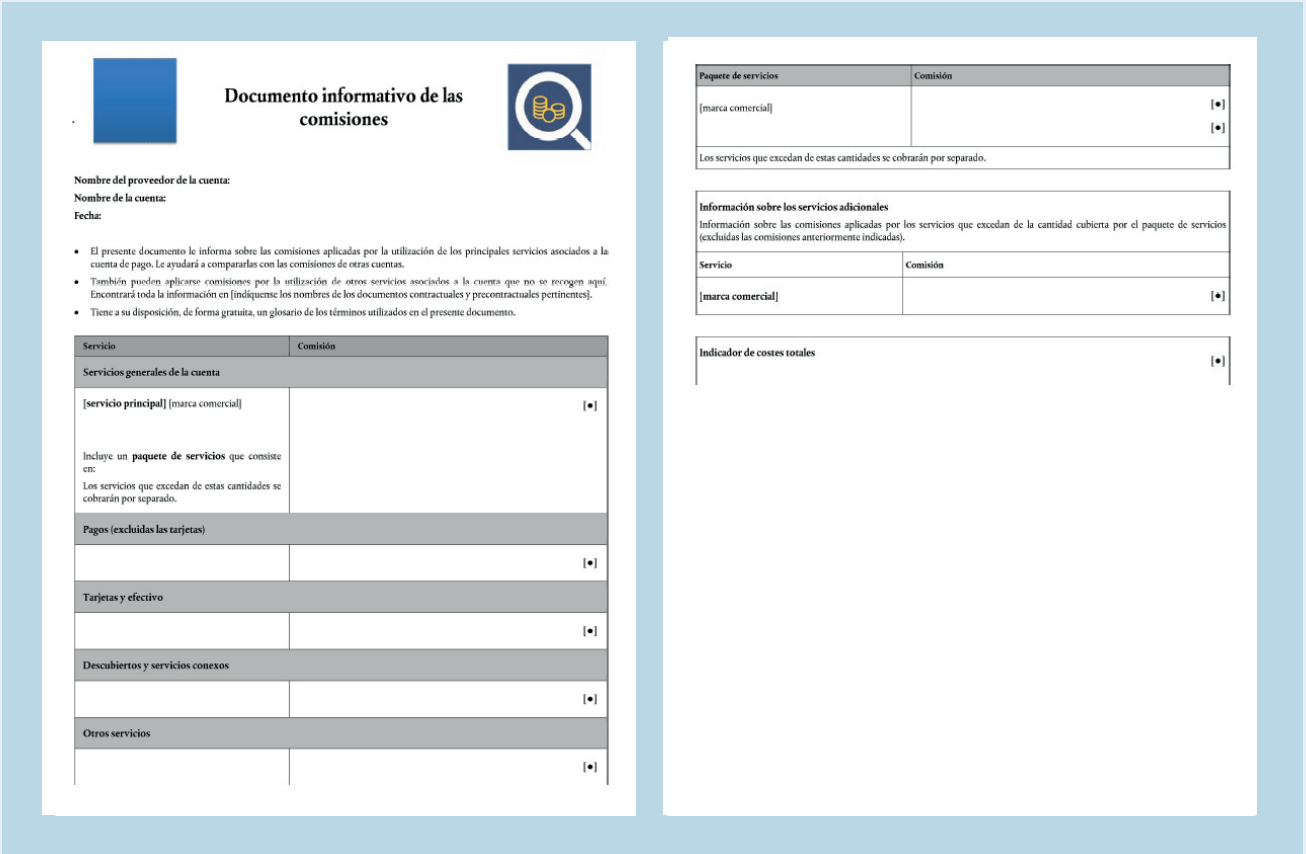
1.2 Documentación estandarizada

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 de 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

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:

- 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. Encontrará 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.

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	
	[•]

Paquete de servicios	Comisión
[marca comercial]	[•] [•]
Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.	

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]	[•]

Indicador de costes totales	[•]

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/34.

aplicables a cada uno de dichos servicios, si el proveedor de servicios de pago los ofrece.

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.).

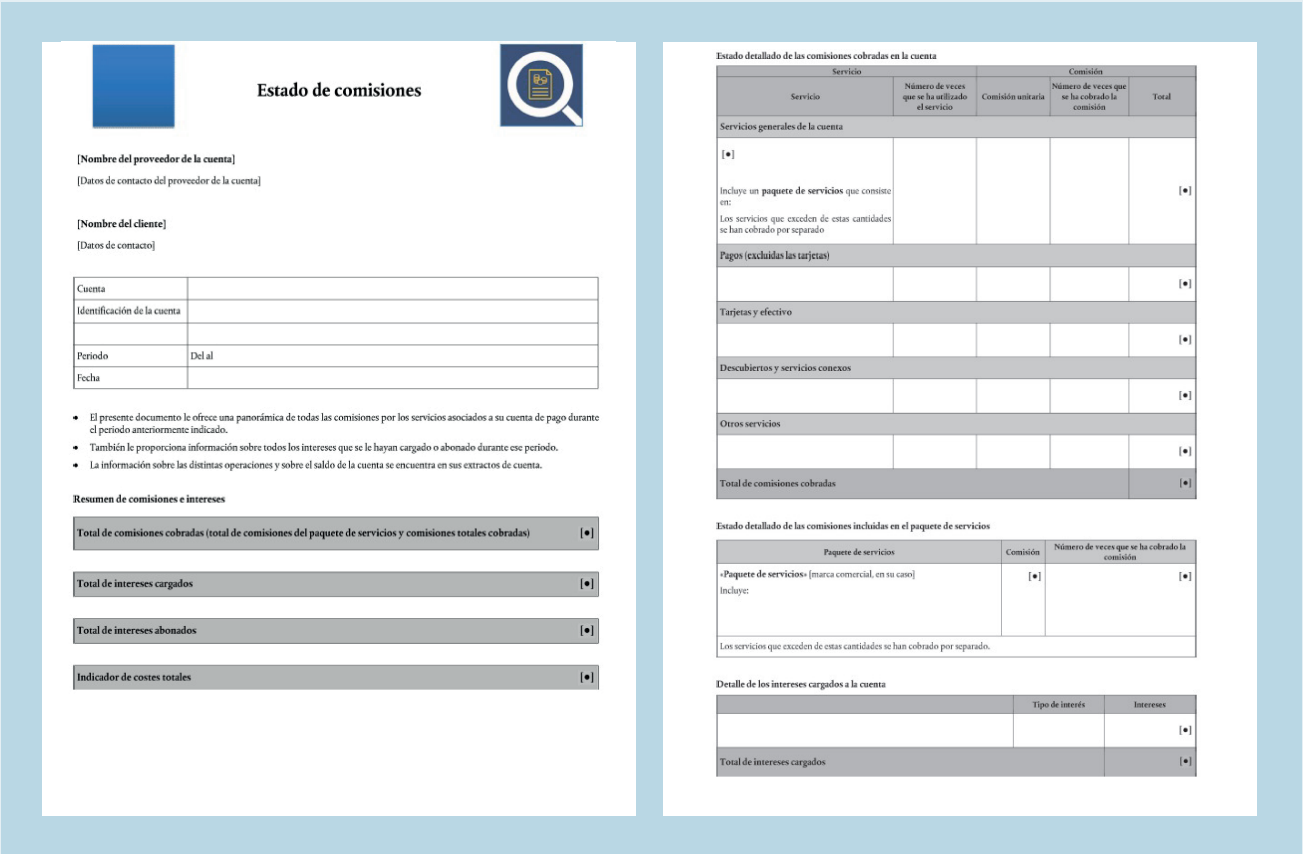
Los proveedores de servicios de pago deberán elaborar un documento informativo de las comisiones por cada tipo de cuenta que ofrezcan. Estos documentos habrán de publicarse en los tablones de anuncios (en caso de contar con ellos) y en los sitios web de los proveedores de servicios de pago, junto con 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	
Período	Del al
Fecha	

- 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

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

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

	Tipo de interés	Intereses
		[•]
Total de intereses cargados		[•]

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/33.

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.

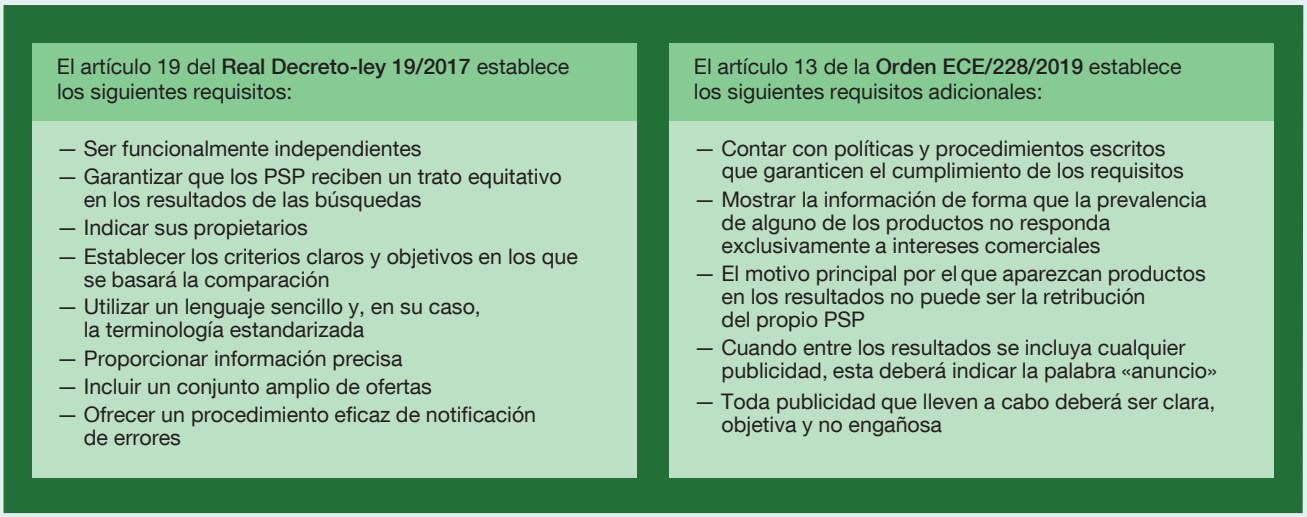
Para dar efectivo cumplimiento a este mandato, la Circular 2/2019 establece un reporte periódico de las cuantías que los proveedores de servicios de pago van a cobrar por las comisiones relativas a los servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

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 destinados principalmente a garantizar la independencia de estos y de los resultados de las búsquedas. El artículo 13

Esquema 3
PRINCIPALES REQUISITOS APLICABLES A LOS OPERADORES DE SITIOS WEB DE COMPARACIÓN



FUENTE: Banco de España.

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.

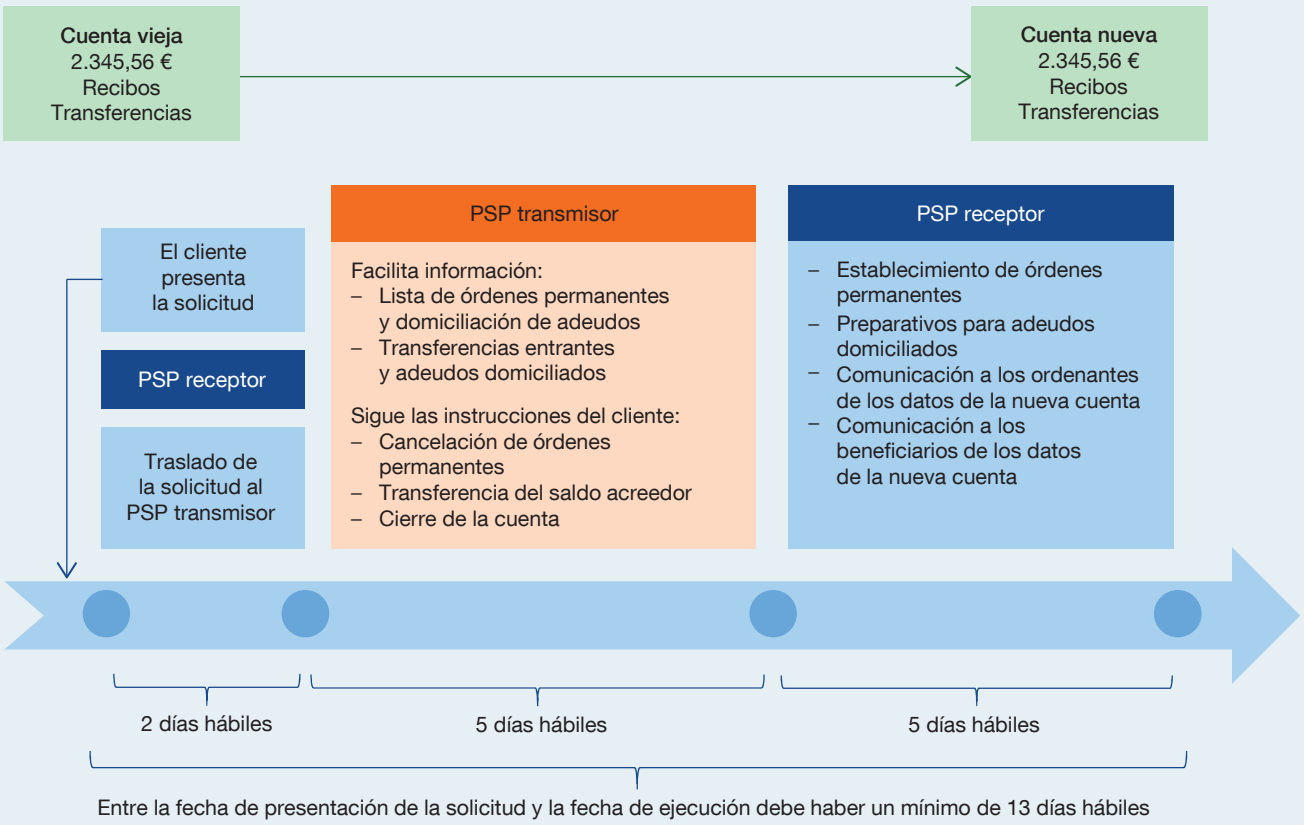
2 Traslado de cuentas de pago

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 gratuidad del procedimiento para los consumidores, determina una serie de medidas

Esquema 4
PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO



FUENTE: Banco de España.

Recuadro 2.5

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (cont.)

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, en el plazo de dos días hábiles, deberá solicitar al proveedor de servicios de pago transmisor que le facilite la lista de órdenes permanentes, transferencias y adeudos, así como información relativa a transferencias entrantes y emitidas de la cuenta de pago original.

Una vez recibida la solicitud, el proveedor de servicios de pago transmisor dispondrá de cinco días hábiles para enviar la información anterior, 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. 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.

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 contar con que la normativa también regula la adquisición de instrumentos de pago, así como el envío de dinero.

4.1.1 Condiciones contractuales

El artículo 14 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 DCE, 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 confusión o de interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de 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 la interpretación definitiva de los contratos, así como de la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, que correspondería realizar en exclusiva a los tribunales de justicia, el DCE 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.

4.1.2 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 DCE 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 DCE, 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 las debidas particularidades), 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 sujetas a un contrato marco— los proveedores de servicios de pago deben facilitar información:

i) Con anterioridad a la ejecución de la operación —art. 8—.

ii) En el momento de la ejecución —art. 9—.

iii) Con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —art. 10—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —art. 11—.

Operaciones amparadas en un contrato marco

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco —arts. 13-18 de la OSP—, los proveedores de servicios de pago deberán proporcionar:

i) Información general al usuario con anterioridad a la celebración del contrato marco.

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.

iii) Información al ordenante y al beneficiario tras la ejecución de la operación.

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 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 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 «Apertura de cuentas de pago. 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 15 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 de forma gratuita.

4.1.3 Comisiones y gastos

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe «Comisiones e intereses. Documento informativo de las comisiones: información pública y sitio web de comparación», 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 —RDLSP 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 y 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.

Además, conforme establece el artículo 35 del RDLSP, en toda prestación de servicios de pago en la que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en España, o uno de los proveedores esté situado en España y el otro u otros lo estén en otro Estado miembro de la UE, o en la que solo intervenga un proveedor situado en España, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por el suyo.

4.1.4 Tipos de cambio

Cuando se compra o vende una moneda extranjera, o se hace o recibe un pago en otra divisa, interesa saber el valor que esa divisa tiene con respecto a nuestra moneda. Es lo que se denomina «tipo de cambio».

La operativa con divisas está liberalizada en España. Los tipos de cambio son libres y fluctúan cada día. Normalmente, presentan un valor diferente para compra y para venta de la divisa.

En la operativa de compra y de venta de divisas, las entidades de crédito y los establecimientos de cambio de moneda pueden aplicar los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, debiendo estar en condiciones de demostrar que acordaron con el cliente el tipo de cambio, o los parámetros para determinarlo, en el contrato marco regulador de la cuenta o antes de realizar la operación de compraventa de la divisa, según los casos.

Son frecuentes las reclamaciones cuyo motivo es que el tipo de cambio aplicado no coincide con los tipos de cambio oficiales publicados ese día por el Banco Central Europeo (BCE). Conviene aclarar que las entidades no tienen ninguna obligación de aplicar en sus operaciones los tipos de cambio de divisa oficiales, que son los que el BCE publica en su sitio web y se corresponden con los aplicados a la negociación de las divisas principales entre distintos bancos centrales. Estos tipos oficiales se utilizan para determinar la cotización o cambio oficial a efectos de lo dispuesto en la legislación vigente, pero no tienen por qué coincidir con los tipos que las entidades efectivamente aplican en sus operaciones, que, como hemos dicho, son libres.

Ello 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, en virtud de la norma cuarta de la Circular 5/2012.

Además de fijar el tipo de cambio, la entidad que lleva a cabo la conversión de divisa puede establecer libremente una comisión para retribuir ese servicio.

4.1.5 Modificación de las condiciones del contrato marco

La modificación de las condiciones del contrato marco deberá ser propuesta por el proveedor de servicios de pago de forma clara, individualizada, sin acumularla a otra información o a publicidad, en papel o soporte duradero y con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación. Amplio desarrollo de ello se encuentra en el epígrafe «Modificaciones contractuales», al referirnos a las cuentas.

El usuario de servicios de pago podrá aceptar o rechazar las anunciadas modificaciones del contrato marco antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor por el mismo medio que le sean notificadas, y —cuando se haya convenido así— el proveedor de servicios de pago le informará de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de que se trate en caso de que no le comunique su no aceptación con anterioridad a dicha fecha.

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.

Por otra parte, este Departamento 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 con el cliente ni afectar al buen funcionamiento del servicio prestado, por lo que se exige que, en aras de la transparencia, dichos cambios sean debidamente informados a la clientela.

4.1.6 Resolución del contrato

Nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el epígrafe «Cancelación de cuentas de pago».

4.1.7 Régimen de las operaciones de pago no autorizadas

La normativa de servicios de pago regula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago, y delimita las consecuencias jurídicas de las operaciones de pago no autorizadas, fijando para estos casos las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago.

Entre sus peculiaridades, cabe destacar lo siguiente:

— Es aplicable a cualquier dispositivo personalizado utilizado por el usuario del servicio de pago para iniciar una orden de pago, desde tarjetas de pago hasta libretas de ahorro, entre otros instrumentos 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 del adeudo.

— El límite de responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas se aplicará, en su caso, cuando el instrumento de pago hubiera sido extraviado, hubiera sido sustraído o se lo hubiera apropiado indebidamente un tercero, sin que se requiera que en la pérdida de la posesión haya mediado 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 ni una microempresa, las partes pueden convenir que no resulten de aplicación determinados preceptos.

Distinción con operaciones autorizadas

Nos encontraríamos ante operaciones autorizadas, por ejemplo, cuando se trate de pagos, ya sea con tarjeta —física o vinculada a una aplicación de pago móvil— o por transferencia —ordinaria, inmediata, a un cajero automático, etc.—, realizados por un usuario en la creencia de que estaba comprando (o incluso vendiendo) un producto anunciado en un sitio web, arrendando un inmueble o contratando un servicio. Sin embargo, después de efectuar el pago, sucede a menudo que dicho usuario se percata de que ha podido ser víctima de una estafa, pues no recibe el bien adquirido, no existe el inmueble que alquiló, el receptor del pago lo ha bloqueado y ya no contesta a sus llamadas, correos electrónicos o wasaps, etc.

Dado que la orden de pago fue correctamente autorizada, de forma presencial o telemática, con los elementos de autenticación y autorización previstos al efecto, cursándose instrucciones a su entidad en ese sentido, esta no podría revocar la operación sin autorización del beneficiario del pago. La valoración de la posible existencia de un vicio en la formación del consentimiento del cliente bancario no pertenece al ámbito de competencias de este Departamento, y debe ser determinada, de considerarlo así las partes, por los órganos jurisdiccionales.

En los expedientes analizados durante 2021 se ha observado el aumento de reclamaciones en las que intervienen técnicas empleadas por ciberdelincuentes, como el *phishing* (por correo electrónico), *vishing* (de forma telefónica) o el *smishing* (vía SMS).

Mediante estas técnicas, los ciberdelincuentes se hacen pasar por las entidades financieras, o incluso por organismos públicos o empresas de reconocida trayectoria, suplantando su identidad y pidiendo a las potenciales víctimas que faciliten, después de clicar en un enlace —aparentemente genuino, pero, en realidad, malicioso— determinados datos personales y bancarios, bajo diferentes pretextos, como evitar el supuesto bloqueo de la cuenta o de una tarjeta o prevenir un inexistente pago fraudulento, realizar un pago de escasa cuantía por la prestación de un servicio (supuestos servicios informáticos a distancia o la entrega de un paquete por una empresa de transportes o Correos), o permitir la supuesta devolución de un importe debido por la Seguridad Social o la Agencia Tributaria, y con el verdadero fin de lucrarse, realizando operaciones de pago a cargo de la víctima.

Otro tipo de actividad delictiva, más elaborada, detectada por el DCE ha sido el duplicado de tarjeta SIM o *SIM swapping.* El procedimiento que utilizan los estafadores en este supuesto comienza por la obtención de datos de la víctima por

diferentes vías *(phishing, vishing* o *smishing),* a través de un sitio web falso, con métodos de ingeniería social o con el *hackeo* del teléfono móvil, entre otros. A continuación, solicitan a la operadora de telefonía móvil un duplicado físico de la tarjeta SIM, de forma que, habitualmente, la original queda bloqueada. Con la nueva tarjeta SIM pueden recibir los SMS que contienen las claves de autenticación reforzada de un solo uso enviadas por la entidad financiera de la víctima, conocidas como OTP *(one-time password).* En ese contexto, aquellos también tienen la posibilidad de resetear las contraseñas de acceso a la banca electrónica de la víctima, pudiendo así contratar nuevos productos financieros a su nombre, hacer transferencias u ordenar pagos con tarjeta.

Con el ánimo de evitar ser víctimas de este tipo de estafas, este Departamento viene indicando a los usuarios de servicios de pago que deben extremar las precauciones a la hora de dar credibilidad a comunicaciones de ese tipo que pudieran recibir en sus dispositivos —teléfono fijo, móvil, ordenadores—, siendo recomendable consultar con sus entidades financieras, o con las presuntas empresas o entidades remitentes, la veracidad de estas (sin utilizar para ello los enlaces incluidos en los mensajes), pues no suelen pedir datos bancarios ni personales por ninguna de esas vías.

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.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, y salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no hubiera proporcionado o puesto a disposición del usuario la información sobre la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el párrafo precedente deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo (art. 43 del RDLSP).

Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago

En el caso de que un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a la entidad demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia (art. 44 del RDLSP).

Este Departamento ha venido observando, a través del análisis de las reclamaciones recibidas, que en estos supuestos las entidades suelen requerir a sus clientes la

presentación de un formulario en el que deben facilitar determinados datos relativos a la operación de pago controvertida, así como la aportación de la denuncia policial. Nada cabe objetar a las entidades al respecto, pues entendemos que dicha información resulta de razonable exigencia para la reclamación de la operación ante las redes de pago.

Ahora bien, consideramos que, si en el transcurso de la tramitación de esos expedientes las entidades van a llevar a cabo algún abono interino en la cuenta de pago de sus clientes —relacionado con el importe de la operación reclamada—, deben informarles previamente acerca de la provisionalidad de este, de manera que los usuarios conozcan la posibilidad de que el importe de la operación vuelva a ser cargado en su cuenta una vez realizadas las correspondientes averiguaciones por parte de las entidades.

Del mismo modo, el DCE estima que un eventual cargo posterior, tras quedar comprobada la correcta autenticación de las operaciones, y aportada la oportuna documentación acreditativa, no debería demorarse excesivamente en el tiempo, de forma que dicho cargo no resulte sorpresivo para la clientela.

Por otro lado, este Departamento también entiende que una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias pasa por que el SAC de las entidades facilite a los clientes, en el seno de las correspondientes reclamaciones previas, la documentación acreditativa de la correcta autorización y/o ejecución de la operación de pago cuestionada.

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

En los supuestos de operaciones de pago no autorizadas, el proveedor de servicios de pago del ordenante deberá devolver a este el importe de la operación de pago no autorizada de inmediato y, a más tardar, al final del día hábil siguiente a aquel en que se le haya notificado, restituyendo, en su caso, la cuenta de pago al estado que habría tenido de no haberse producido la operación de pago no autorizada, salvo cuando dicha entidad tenga motivos razonables para sospechar de la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España (art. 45 del RDLSP).

A tal efecto, las entidades disponen de un trámite en la Oficina Virtual del Banco de España; pueden constituir algún indicio en que se basen tales sospechas, a modo de ejemplo, la reclamación de operaciones de pago realizadas en un amplio período de tiempo o la reticencia del cliente a aportar determinada documentación necesaria para la gestión de su solicitud de devolución de la operación de pago no reconocida, entre otros.

Todo ello, claro está, con independencia del derecho que asiste a la entidad de efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

4.2 Tarjetas

4.2.1 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.

Entre los servicios retribuidos 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 2021 se ha analizado si las entidades estaban en condiciones de acreditar ante el DCE el haber informado a su cliente de los gastos y las comisiones que se derivarían de la emisión, la renovación y el mantenimiento de las tarjetas, o de su posterior modificación; de lo contrario, este Departamento 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 gastos por reclamación de posiciones deudoras.

Límites de disposición de capital y de utilización de la tarjeta

Para el caso de las tarjetas de crédito, los contratos 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 efectuadas 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.

En ambos supuestos, 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.

Las modificaciones contractuales que se pretendan realizar sobre una tarjeta, en cuanto instrumento de pago, y que no resulten más beneficiosas para el cliente deben realizarse, en caso de contratación con consumidores y microempresas, siguiendo el procedimiento y plazo establecidos 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 y la Circular 5/2012—.

En las tarjetas de crédito, un cambio en las circunstancias que determinaron la fijación de su límite de crédito podría ocasionar una reducción de este por parte de las entidades. En este caso, además de la normativa aludida, resultaría aplicable la normativa de crédito al consumo[30], por cuanto la tarjeta sirve como forma de disposición de un crédito.

En caso de disposiciones no autorizadas, 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.

Por otro lado, en los contratos de tarjeta, tanto de débito como de crédito, puede establecerse un límite de utilización —diario o semanal, entre otras posibles alternativas— que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en los casos de uso no autorizado de la tarjeta, en los que este límite opera como un límite de seguridad.

En este contexto, el DCE considera que las entidades no deberían variar al alza unilateralmente los límites de disposición de las tarjetas, de manera que su modificación por parte de aquellas debe ser reputada contraria a las buenas prácticas bancarias.

A mayor abundamiento, en el hipotético caso de que se produjese una superación de dicho límite al realizarse un pago, la entidad emisora de la tarjeta debería asumir no solo la cantidad en que se haya sobrepasado el límite, sino también el importe total de la operación con la que se excedió ese límite —y, de haberlas, las posteriores—,

30 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 2.3 del RDLSP, en virtud del cual dicho real decreto-ley se entendía «sin perjuicio de lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza».

dado que, en caso de haber operado como el límite de seguridad que en realidad es, esa operación, en su totalidad, hubiera debido ser rechazada.

El reclamante de la R-202115212 mostraba su malestar con un reintegro de efectivo con tarjeta en cajero automático, por importe de 1.000 euros, teniendo establecido dicho instrumento de pago por contrato un límite diario máximo de 600 euros para ese tipo de operativa. A pesar de haberle comunicado al cliente el aumento de dicho límite hasta los 1.200 euros, dado que la entidad realizó esa variación al alza de manera unilateral, el DCE concluyó que su actuación había sido contraria a las buenas prácticas bancarias.

Y en la R-202109475 el reclamante solicitaba, entre otras cuestiones, la devolución de 1.000 euros por un reintegro de efectivo que no reconocía. La entidad alegó que los límites establecidos en la tarjeta no fueron superados, señalando que, tal y como había comunicado al cliente, el límite diario de retirada de efectivo pasó a ser de 1.000 euros el mes anterior al que ocurrieron los hechos reclamados.

Tras analizar la comunicación aludida, se observó que esta carecía de fecha, por lo que no constaba que se hubiese informado al reclamante con arreglo a lo dispuesto en la normativa de servicios de pago. A mayor abundamiento, quedó acreditado que la entidad había aumentado de forma unilateral el límite máximo para retiradas de efectivo desde 600 a 1.000 euros diarios. Por todo ello, este Departamento emitió un informe desfavorable al proceder de la entidad.

En el informe R-202123848 se planteaba disconformidad con varias operaciones autorizadas con tarjeta, teniendo establecido dicho instrumento de pago un límite máximo diario de retirada de efectivo en cajeros de 1.000 euros.

Se concluyó que la actuación de la entidad contra la que se reclamaba había sido contraria a las buenas prácticas bancarias, al no haber explicado por qué no habían sido rechazadas dichas operaciones toda vez que superaban el límite contractualmente establecido.

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 esta decisión se enmarca dentro de su política de riesgos (sobre la que el DCE no puede opinar). En este 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, este Departamento ha venido señalando que, para que pueda adeudarse, debe venir recogida en el

Esquema 2.1

LÍMITES EN INSTRUMENTOS Y MEDIOS DE PAGO

LÍMITE DE	Crédito	Saldo	Disposición
TIPO DE INSTRUMENTO	Tarjeta de crédito	Tarjeta de débito o prepago	Todos
POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN	Notificación al titular (según lo pactado y normativa)	N/A (salvo la información que se requiere para la operativa normal de la cuenta)	**Al alza:** solo por el titular y con aprobación del emisor de la tarjeta **A la baja:** por las causas previstas en el contrato y en la normativa
SUPERACIÓN PUNTUAL EN UNA O VARIAS OPERACIONES (sin que suponga una modificación contractual)	Si está prevista en el contrato (excepto en los casos de fraude, en los que este límite opera como límite de seguridad)	Si está prevista en el contrato (excepto en casos de fraude, en los que este límite opera como límite de seguridad). No es posible para las tarjetas prepago	**Prohibido en cualquier caso:** si una operación supera el límite por fallo del sistema, debe devolverse en su integridad, no solo en la parte en que supere el límite

FUENTE: Banco de España.

contrato, y debe haber sido concedida una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en la posibilidad de rebasar 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 tarjeta. 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 sea 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.

En el esquema 2.1 se indican los tipos de límites que se pueden establecer en la utilización de instrumentos y medios de pago y sus posibilidades de modificación y superación.

Comisión por cancelación anticipada

El RDLSP reconoce, en su artículo 32, la posibilidad de que en los contratos de duración indefinida las partes puedan pactar el derecho de una y otra a resolver el contrato en cualquier momento; en dicho caso, la entidad debe avisar a su cliente de tal intención con una antelación mínima de dos meses. Véase a este respecto el epígrafe de este capítulo «Cancelación de cuentas de pago», aplicable también a los contratos de tarjeta.

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, 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, de tratarse de contratos de duración indefinida, podría resultar de aplicación la previsión del artículo 27, que dispone la gratuidad 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.

Tipos de cambio

El legislador europeo ha reforzado las obligaciones de información exigibles a las entidades que prestan servicios de conversión de divisas, en particular en las operaciones de compra en comercios o de retirada de efectivo en cajeros mediante un instrumento de pago (por ejemplo, una tarjeta o dispositivo móvil), de modo que los usuarios puedan comparar los gastos que aplican los distintos proveedores y elegir la mejor opción de conversión.

De esta manera, en virtud de lo dispuesto por el Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, relativo a los pagos transfronterizos en la Unión, al ofrecerse servicios de conversión de divisas en cajeros automáticos o en puntos de venta, ya sea en establecimientos comerciales o en compras a través de Internet, el proveedor tiene la obligación de informar al usuario, de forma clara y accesible, antes de iniciar el pago, del tipo de cambio y de las comisiones que aplicará por ese servicio (por ejemplo, mediante un cartel en el mostrador de caja o, en su caso, mostrando la información a través de la pantalla del cajero, del terminal de venta o del dispositivo del usuario).

Además, se indicarán expresamente el importe que se pagará por los bienes y servicios en la divisa del comercio (o el importe de la retirada de efectivo en la divisa seleccionada) y el importe total que pagará el usuario en su propia divisa, incluyendo los gastos aplicables.

En estos casos, el usuario podrá elegir entre:

— pagar en su propia divisa (por lo general, en euros), conforme al tipo de cambio, comisiones y demás información facilitada en el momento de realizar la retirada de efectivo o la compra, o

— pagar en la divisa del comercio o cajero (por ejemplo, coronas danesas), de modo que la conversión se realizará posteriormente por su entidad, con arreglo a las condiciones (tipo de cambio y comisiones) previstas en el contrato. Para facilitar la comparación entre las distintas opciones de conversión, es necesario que la información sobre los gastos se exprese de la misma manera. Por este motivo, además de facilitar información detallada sobre el tipo de cambio y las comisiones aplicables, los proveedores que presten servicios de cambio de divisa deberán informar al usuario del coste total de la operación. Este coste se calculará como un porcentaje sobre el último tipo de cambio de referencia del euro publicado por el BCE.

4.2.2 Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

El RDLSP impone 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 al 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 el titular tiene 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 DCE 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.

Asimismo, 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 (LGDCU) y otras leyes complementarias].

Incremento unilateral de tipos de interés

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge en el artículo 33 del RDLSP, nos remitimos a lo ya expuesto en el epígrafe «Modificación de las condiciones del contrato marco».

Cuando la modificación del contrato marco se refiera al tipo de interés, dado que no es una condición contractual relativa a los servicios de pago, sino a la propia financiación del consumo, no puede pretenderse con estas estipulaciones que el nuevo tipo de interés sea de aplicación a la deuda contraída y viva en el momento en que la entidad decida elevar dicho tipo, pues ello implicaría una modificación del coste total del crédito en perjuicio del consumidor.

Es decir, en aquellos casos en los que contractualmente sea posible que la entidad —por contenerse en los contratos tal previsión— modifique al alza el tipo de interés pactado en el contrato de tarjeta, para su aplicación no solo a la deuda que se genere a partir de tal modificación, sino también a la deuda ya existente, el DCE entiende que en el momento de efectuarse esta modificación, además de concretar el incremento del tipo de interés que se ha de aplicar y, por lo tanto, el importe en que aumentará el coste total de la financiación ya concedida, la aceptación de estas condiciones debe ser expresa por parte del consumidor y no tácita, como suele ocurrir en el resto de las modificaciones unilaterales de las tarjetas de crédito. Y esto es así porque deben observarse en tales modificaciones no solo las previsiones de la normativa de servicios de pago, sino también las derivadas de la normativa de crédito al consumo, teniendo en cuenta que modificaciones como la descrita aumentan el coste total de la financiación recibida por el cliente.

Por lo tanto, cuando las entidades emisoras de instrumentos de pago pretendan modificar, en perjuicio del consumidor, el tipo de interés aplicable a los pagos

aplazados generados por su uso, deben advertir a sus clientes, de manera clara e inequívoca, de las alternativas de las que disponen:

— Prestar su consentimiento expreso para que se aplique el nuevo tipo de interés no solo a las nuevas disposiciones, sino también a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores. En concreto, conforme al artículo 22 de la LCCC, la modificación del coste total del crédito en perjuicio del consumidor requerirá el acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.

— No aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores, lo que llevará aparejados el bloqueo y la cancelación de la tarjeta física (plástico), así como que permanezca viva la deuda anterior para su amortización de acuerdo con las condiciones vigentes hasta ese momento (incluido el tipo de interés). Esto 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), el RDLSP señala, en su artículo 40, 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, un uso que 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 debe comunicar previamente a su cliente el bloqueo, y, si no resulta posible, inmediatamente después[31].

Por otra parte, este Departamento 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, iniciar el procedimiento de reclamación de las cantidades dispuestas y realizar las gestiones pertinentes para obtener los registros de las operaciones, con el fin de comprobar que dichas

31 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.

disposiciones reúnen los requisitos imprescindibles para ser aceptadas. Una vez obtenidos, se deberán poner a disposición del 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.

4.2.3 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, y la misma tarjeta puede incorporar algunas de las siguientes o todas:

— 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 DCE 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 anejo 3 de la Circular 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.

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 las siguientes:

— 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, cuya amortización se efectúa con las cuotas mensuales abonadas a la entidad, contando con un tipo de interés generalmente más elevado que el utilizado en los préstamos[32], que se corresponde con el habitualmente mayor riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

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 el 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.

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.

---

32 Al respecto, puede consultarse el TEDR —tipo efectivo definición restringida, que equivale a la TAE sin incluir comisiones ni gastos— aplicable a nuevas operaciones de tarjetas de crédito y tarjetas *revolving* en el cuadro 19.4, «Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH», del *Boletín Estadístico* del Banco de España.

Con el fin de introducir seguridad jurídica y reducir la litigiosidad respecto a este tipo de crédito, se publicó la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, 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[33].

Esta orden ministerial, cuya entrada en vigor tuvo lugar, con carácter general, el 2 de enero de 2021, establece nuevas obligaciones para las entidades. Estas parten en buena medida de los criterios de buenas prácticas asentados por el Banco de España en anteriores ediciones de la *Memoria de Reclamaciones;* por ejemplo, criterios relacionados con la valoración de la capacidad de devolución de la clientela, así como los que refuerzan la transparencia para con el cliente tanto antes de prestar su consentimiento como durante la vigencia del contrato, de manera que las entidades se aseguren de que los clientes comprenden correctamente las consecuencias jurídicas y económicas de este tipo de crédito. En última instancia, se pretende evitar que el desconocimiento de la clientela sobre el funcionamiento del crédito *revolving* pueda conducirlo en algunos casos a niveles de endeudamiento excesivo.

Para ello, la norma trata de contribuir a reducir el riesgo de prolongación excesiva del crédito y de aumento de la carga final de la deuda más allá de las expectativas razonables del prestatario que contrata este producto, a la vez que a reforzar la información que el prestatario recibe de la entidad, para lo cual cobra especial relevancia que este pueda conocer periódicamente con precisión la deuda que mantiene con la entidad.

Así, en lo referente a la información precontractual (art. 33 ter de la Orden EHA/2899/2011), además de la INE en los términos previstos por la LCCC, las entidades deberán facilitar a sus clientes en documento separado y con la debida antelación a la suscripción del contrato:

— Una mención clara a la modalidad de pago establecida, señalando expresamente el término *revolving.*

— Si el contrato prevé la capitalización de cantidades vencidas, exigibles y no satisfechas.

— Si el cliente o la entidad tienen la facultad de modificar la modalidad de pago establecida, así como las condiciones para su ejercicio.

33 Desarrollada mediante Circular del Banco de España 3/2022.

— Un ejemplo representativo de crédito con dos o más alternativas de financiación determinadas en función de la cuota mínima que pueda establecerse para el reembolso del crédito con arreglo al contrato.

Con respecto a la información periódica, las entidades deberán suministrar a los clientes con periodicidad al menos trimestral (art. 35 *quinquies* de la antedicha orden), información sobre el importe del crédito dispuesto, incluidas las posibles cuotas devengadas y los intereses generados pendientes de liquidación; el tipo deudor; la modalidad de pago establecida, señalando expresamente el término *revolving* e indicando la cuota fijada en ese momento para la amortización del crédito, así como la fecha estimada en la que el cliente terminará de pagar el crédito dispuesto, teniendo en cuenta la cuota de amortización establecida en ese momento. Y, en particular, se habrá de comunicar al cliente —advirtiendo de que la estimación realizada corresponde al crédito dispuesto en una fecha de referencia, teniendo en cuenta la cuota de amortización y el tipo deudor establecidos en ese momento— la fecha en la que terminaría de pagar el crédito dispuesto si no se realizasen más disposiciones ni se modificase ningún otro elemento del contrato, y la cuantía total, desglosando principal e intereses, que acabaría pagando el cliente por el crédito dispuesto si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota.

Además, en el caso de que en un período de liquidación coexistan distintas modalidades de pago del crédito, la entidad facilitará esa información de forma desglosada para cada modalidad de pago acordada conforme a lo previsto en el contrato.

Tanto para la información precontractual como para la periódica, se establece la obligación de que estas sean puestas a disposición de los clientes, por parte de las entidades, en papel u otro soporte duradero y de manera gratuita.

Por otra parte, la orden prevé asimismo que las entidades, cuando el cliente lo solicite, proporcionen en un plazo máximo de cinco días hábiles (art. 33 *sexies.*1 de la orden) información adicional sobre:

— Las cantidades abonadas y la deuda pendiente. Se deberá facilitar un detalle lo más completo posible del crédito dispuesto, a fin de que pueda verificar la corrección del importe adeudado y su composición, en el que se incluyan las fechas, los importes y los conceptos de los pagos efectuados, así como el desglose de la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos.

— El cuadro de amortización. Se habrá de indicar claramente que este se elabora para el saldo dispuesto, en una fecha de referencia y con la cuota establecida en ese momento.

Esta información adicional habrá de ser facilitada de forma gratuita una vez al mes, siempre que no se reciba en ese mismo mes junto con la información a que se refieren los artículos 33 ter, 33 *quinquies* y 33 *sexies*.2 y 3 de la Orden EHA/2899/2011.

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 2021, que el DCE 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.

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. A este respecto, la referida orden ha introducido la obligación de que las entidades, cuando con posterioridad a la contratación del crédito *revolving* la cuantía de la cuota de amortización sea inferior al 25 % del límite del crédito concedido, también informen al cliente de:

a) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota por encima de lo establecido en ese momento. En particular, se comunicará al cliente la fecha en la que terminaría de pagar el crédito dispuesto y la cuantía total que acabaría pagando en el caso de aumentar un 20 %, un 50 % y un 100 % la cuota actual.

b) El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

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 en el Portal del Cliente Bancario.

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 de las condiciones de contratación por parte de sus clientes, bien en la solicitud de tarjeta, bien en la autorización para la utilización de este servicio.

Por ello, este Departamento 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 gratuidad afecta exclusivamente a la transferencia, pero no al importe transferido. Este 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 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.

4.2.4 Terminales de punto de venta (o datáfonos)

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) o datáfono, 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 lo siguiente:

— La entidad emisora de la tarjeta actúa como mera intermediaria entre el titular del plástico y la entidad del comercio, y debe 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 controvertido.

— 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 o servicios 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 el comercio y su entidad, que constituye ley *inter partes,* de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil. Por tanto, este Departamento 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 2021 se han tramitado varias reclamaciones a instancia de establecimientos comerciales titulares de contratos de TPV que vieron retrocedidas por parte de su entidad de pagos diversas operaciones asentadas en su cuenta. En estos casos, las entidades suelen alegar que, al haber tenido conocimiento de que la operación de pago ha sido denunciada como no autorizada por el titular de la tarjeta y que la orden ha 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, pueden proceder al retroceso de esas operaciones. En concreto, al haber operado mediante tecleo manual de los datos de la tarjeta, el establecimiento comercial debe adjuntar, al objeto de defender la corrección de la operación, documentación adicional suficiente que acredite la correcta autenticación del cliente. Así, en expedientes como estos, en los que las condiciones generales del contrato de afiliación al TPV recogen claramente las obligaciones formales del establecimiento a la hora de aceptar pagos a través de dicho canal, y tras comprobar que estas no han sido observadas por la parte reclamante, el DCE debe resolver 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 Autoridad Bancaria Europea el 19 de diciembre de 2014 y adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España en su sesión del 24 de marzo de 2015— establecen unos requisitos mínimos en el área de la seguridad de los pagos en Internet. Entre ellos, 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.

En las reclamaciones estudiadas en 2021 se ha consolidado la exigencia de acreditación de que las operaciones cuestionadas por los reclamantes habían sido autorizadas mediante sistemas de autenticación reforzada por sus proveedores de servicios de pago. Resulta oportuno recordar, con respecto a esta cuestión, que el artículo 46.2 del RDLSP prevé que, si el proveedor de servicios de pago del ordenante no exigiese autenticación reforzada del cliente, el ordenante solo debe

soportar las posibles consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta.

En el expediente R-202100061, la sociedad mercantil reclamante no estaba conforme con varios cargos realizados en su cuenta por retrocesión de operaciones cobradas con tarjeta a través de un TPV que tenía en su establecimiento, reseñando que estas fueron realizadas mediante el sistema habitual de introducción de PIN[34] de la tarjeta. La entidad reclamada alegó y aportó acreditación de que las operaciones fueron realizadas mediante introducción manual de datos en el terminal y que, por tanto, al haberse denunciado como fraudulentas por parte de los titulares de los instrumentos de pago, se había procedido a su retrocesión.

El DCE emitió un pronunciamiento favorable a la actuación de la entidad, toda vez que esta aportó también al expediente documentación acreditativa de que realmente se habían producido las reclamaciones —por los titulares de las tarjetas— de las operaciones que habían motivado los cargos controvertidos, así como el documento contractual en el que se recogía que, en caso de que las operaciones fueran rechazadas por el titular de la tarjeta, si estas fueron realizadas sin autenticación reforzada, el establecimiento se obligaba a reponer su importe a la entidad financiera.

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 (CVV)—, debe introducir un código de identificación personal (habitualmente, una OTP) que solo el titular de la tarjeta debe conocer. Los datos de la tarjeta irán encriptados, de manera que el establecimiento comercial no llegará a conocerlos.

4.2.5 Pagos con tarjeta no autorizados

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

En este apartado nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el epígrafe de este capítulo «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

34 Siglas de *personal identification number,* en español: número de identificación personal.

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas

En este apartado nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el epígrafe de este capítulo «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

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 el ordenante 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, y contar 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.

Para demostrar que la operación reclamada fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, las entidades financieras aportan con frecuencia copia de sus registros internos, en los que se reflejan diferentes datos sobre la ejecución de esta. El DCE ha venido considerando que, además de la aportación de dichos registros, en caso de ser necesario, deben aportar una explicación de su contenido.

La acreditación de las operaciones variará dependiendo del uso dado a la tarjeta.

Si se tratara de reintegros en efectivo, 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 dicha entidad de la correspondiente documentación justificativa—, que esta fue correctamente registrada y que no se vio afectada por ninguna deficiencia.

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, OTP, biometría o boleta firmada.

— Que recabe cuantos elementos de prueba estén a su disposición, de modo que se derive de la actuación de la entidad una gestión diligente de la reclamación instada. Y ello en el supuesto de operaciones efectuadas tanto 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. No obstante, si la averiguación de los hechos resultara gravosa para la entidad, solo sería exigible que acreditase haber recabado del correspondiente sistema de tarjetas las explicaciones necesarias y documentación de las operaciones controvertidas.

— Que realice una gestión diligente y puntual de la reclamación efectuada por su cliente ante la sociedad propietaria del sistema, para conseguir, en su caso, la devolución de los importes adeudados en cuenta si estos no hubieran sido procedentes de acuerdo con las condiciones en que se realizara la contratación.

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 por Internet. Las entidades emisoras de las tarjetas suelen aportar, para acreditar tanto la autenticación por parte del titular como la autorización de la operación, copia de los registros internos, que, a su vez, les facilitan las redes de pago o las entidades globales. En cualquier caso, dichos registros deben quedar adecuadamente explicados, y, desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa de transparencia 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.

En ocasiones, las operaciones discutidas han sido efectuadas, ya sea presencialmente en un establecimiento comercial o por Internet, mediante una aplicación de pago móvil a la que fue enrolada la tarjeta de la parte reclamante. En caso de resultar controvertida esa activación, será necesario, además, que la entidad reclamada aporte los registros acreditativos del correspondiente enrolamiento o alta de la tarjeta de su cliente en la aplicación de pago móvil con la que se autorizaron las operaciones en cuestión, y que se evidencie que dicho proceso tuvo lugar por medio de un sistema de autenticación reforzada.

El reclamante del expediente R-202110229 solicitaba la devolución de unos cargos considerados fraudulentos, pues manifestaba haber sido víctima de un posible *smishing.* La entidad alegó que las operaciones reclamadas se realizaron de forma presencial con un dispositivo móvil, mediante el enrolamiento de la tarjeta del cliente en una aplicación de pago móvil, sin que hubiese existido fallo técnico alguno en su autorización. No obstante, entre otros aspectos, no acreditó de manera suficiente en el expediente la vinculación o alta de la tarjeta del reclamante en la aplicación de pago móvil con la que fueron autorizadas las operaciones discutidas. Por este último motivo, el DCE emitió un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad reclamada.

Autenticación reforzada de clientes

De conformidad con lo establecido en el artículo 68 del RDLSP —que, recordemos, transpone a la normativa nacional las disposiciones de la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior—, los proveedores de servicios de pago aplicarán la autenticación reforzada de clientes, en la forma, con el contenido y con las excepciones previstas en el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017[35], 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, cuando el ordenante acceda a su cuenta de pago en línea, inicie una operación de pago electrónico y realice por un canal remoto cualquier acción que pueda entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos.

El Reglamento Delegado persigue como objetivo que los servicios de pago ofrecidos electrónicamente se presten con la adecuada protección, gracias a la adopción de tecnologías que permitan garantizar una autenticación segura del usuario, minimizándose así el riesgo de fraude.

En su artículo 3.5, el RDLSP define la autenticación reforzada como la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que solo conoce el usuario), posesión (algo que solo posee el usuario) e inherencia (algo que es el usuario), que son independientes —es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás—, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de identificación.

Esas exenciones a las que se refiere la normativa citada que hacen que no sea preciso aplicar la autenticación reforzada de clientes se basan en: i) el nivel de riesgo

35 De aplicación desde el 1 de enero de 2021, tras la finalización del período concedido a las entidades para adaptarse a las exigencias establecidas por la norma.

que entrañe el servicio prestado; ii) el importe de la operación, la frecuencia con la que se repite o ambas cosas, y iii) el canal de pago empleado para la ejecución de la operación. De manera que la norma determina los siguientes supuestos: pagos de escasa cuantía, pagos sin contacto en el terminal de venta, así como en terminales no atendidas para tarifas de transporte o pago de aparcamiento, operaciones frecuentes, pagos a favor de beneficiarios de confianza que estén incluidos en listas blancas que el cliente haya establecido, transferencias entre dos cuentas del propio cliente dentro de la misma entidad, y operaciones de pago electrónico cuando estén justificadas por un análisis del riesgo. Además, se prevé la posibilidad de no aplicar la autenticación reforzada cuando el cliente consulte en línea el saldo de su cuenta de pago o las operaciones ejecutadas en los últimos 90 días.

En el expediente R-202123515, el reclamante denunciaba que a través de su tarjeta se realizó una compra no reconocida en Dubái. La entidad alegó que, al tratarse de una operación realizada en un comercio situado en Emiratos Árabes Unidos, no era de aplicación el RDLSP. El DCE aclaró a la entidad que, aunque la operación de compra se efectuó en un comercio electrónico radicado fuera de la UE, no se podía suponer que la citada normativa no fuera de aplicación a la operación de pago aquí reclamada, pues se considera que, siempre y cuando sea necesaria la intervención de un proveedor de servicios de pago situado dentro de la UE para realizar la operación, esa parte de la operación que le corresponda efectuar a este no puede estar excluida de las exigencias que impone el RDLSP —fruto de la transposición de la referida directiva comunitaria— en sus títulos II y III [a excepción de: i) la información que se deba facilitar al usuario de servicios de pago conforme a lo que reglamentariamente se determine sobre el plazo máximo de ejecución del servicio de pago tanto en operaciones de pago singulares como en aquellas reguladas por un contrato marco; ii) los requisitos necesarios para la devolución de los fondos, y la información previa relativa al plazo máximo de ejecución de cada operación de pago en el seno de un contrato marco; iii) el art. 35.2 y 35.3, y los arts. 48, 49 y 53; iv) el art. 55.1, y v) y los arts. 60 y 63].

En el expediente R-202125872, el reclamante solicitaba el abono de una operación de pago con tarjeta que, según indicaba, no había sido efectuada por él. En sus alegaciones, la entidad señaló que el pago se efectuó, una vez informados los campos obligatorios en el sitio web del comercio —número de la tarjeta, fecha de caducidad y CVV—, mediante el envío al reclamante del SMS donde se informaba, entre otros datos, del importe y el código de un solo uso necesario para la autorización de la operación. Por cuanto la entidad reclamada acreditó la correcta autenticación de la operación, así como el empleo de autenticación reforzada en el pago cuestionado, no se encontraron motivos para emitir una opinión desfavorable a su actuación.

Por el contrario, en el expediente R-202125770, en el que el reclamante afirmaba no haber realizado las operaciones de pago controvertidas por Internet y pedía su

devolución, el DCE concluyó que el proceder de la entidad reclamada fue contrario a las buenas prácticas y usos financieros, debido a que, pese a manifestar que las operaciones reclamadas habían sido autorizadas con un método de autenticación reforzada (código de un único uso remitido por SMS), no aportó documento acreditativo de dicho extremo.

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

El artículo 46 del RDLSP prevé que el ordenante soportará hasta un máximo de 50 euros 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. Y 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.

4.2.6 Programas de fidelización en tarjetas y tarjetas de pago en circuito cerrado

Al DCE 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 este Departamento no tiene competencia, al no estar sometidas a la supervisión del Banco de España, como es el caso de los programas de puntos de determinadas compañías aéreas, gasolineras, etc.

Del mismo modo, y con base en la exclusión prevista en el artículo 4.k) del RDLSP, las competencias del DCE no alcanzan el análisis de actuaciones relativas a determinados usos de tarjetas que permiten a su titular adquirir bienes o servicios dentro de una red limitada de proveedores en virtud de ciertos acuerdos comerciales suscritos por el emisor de las tarjetas.

4.2.7 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, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades. 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. 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 que 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.

4.3 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, acredite determinados fondos en la cuenta por él designada.

Una vez completada la migración a SEPA, las transferencias se tramitan, como ya hemos señalado, bien por compensación interna —si beneficiario y ordenante tienen cuenta de pago en el mismo proveedor de servicios de pago—, 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, esto es, el Subsistema General de Transferencias SEPA, regulado por el *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook,* el Subsistema General de Transferencias SEPA Inmediatas, así como el Subsistema General de Traspasos[36], cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001.

El *rulebook* refleja el esquema diseñado por el Reglamento (UE) 260/2012, al que se han adherido los diversos sistemas interbancarios nacionales que existen en el seno de la UE y deviene obligatorio para las entidades en virtud de su adhesión.

Las instrucciones operativas del SNCE, por su parte, constituyen un conjunto de disposiciones y procedimientos que regulan su operativa de sistemas y servicios, establecida de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, artículo que señala que este reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE. Además, indica que tanto el reglamento como las instrucciones operativas serán de obligado cumplimiento para todas las entidades miembros, en función de su tipo de participación.

Finalmente, cabe añadir que, en caso de conflicto, prevalecerá lo dispuesto por la normativa de servicios de pago y por el Reglamento (UE) 260/2012 sobre las reglas interbancarias, pues estas solo resultan obligatorias para las entidades que participan en el SNCE y no son oponibles a la clientela.

En todas las transferencias que se ejecuten contra una cuenta, los proveedores de servicios de pago 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 las exigencias de

36 A través de dicho subsistema se intercambian las siguientes operaciones denominadas en euros: transferencias de 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, y órdenes de traspaso de fondos de inversión.

transparencia establecidas por la normativa aplicable y las buenas prácticas que deben ser observadas en toda la operativa bancaria.

4.3.1 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 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 o la cuenta de pago de ese otro usuario en una operación de pago, y que vendría dado por el número de cuenta *[International Bank Account Number* (IBAN)] facilitado para la ejecución de la orden de pago.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del RDLSP, 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.

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 74[37] 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 declaró que el artículo 74, apartado 2, de la directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando una orden de pago se

37 El mencionado artículo 74, apartado 2, al que se refiere la sentencia del TJUE se corresponde en la actualidad con el artículo 59, apartado 2, del RDLSP.

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. Es decir, la responsabilidad del proveedor de servicios de pago del beneficiario estaría, también, estrictamente ligada al respeto del IBAN indicado por el ordenante, solo y exclusivamente.

Por otra parte, conviene recordar que los demás datos consignados en la orden de transferencia (entre ellos, el concepto incluido en esta) son mensajes destinados al beneficiario de los fondos, y no a la entidad. Por lo tanto, si el ordenante pretendiera hacer una imputación de pagos o cursar alguna instrucción a 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.

En el expediente R-202126334, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la ejecución de una transferencia emitida para el pago de un servicio, puesto que con posterioridad a su emisión se percató de que en la orden de pago había consignado un número de cuenta (IBAN) erróneo, y solicitaba su devolución. La entidad alegó que la parte reclamante había ordenado la transferencia a través de la banca electrónica y que con posterioridad tramitó una solicitud de retrocesión de la transferencia, que fue rechazada debido a la falta de autorización del beneficiario a dicha retrocesión.

Desde un punto de vista bancario, este Departamento no encontró motivos para emitir un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada, pues de la documentación aportada al expediente se evidenciaba que la operación de pago se había ejecutado conforme al IBAN beneficiario indicado en la orden instruida por la parte reclamante, esto es, el identificador único. Y es que, como señalamos, desde el punto de vista de las entidades proveedoras de servicios de pago, estas no tienen obligación de comprobar la correspondencia entre el nombre del beneficiario indicado en la orden y el del titular de la cuenta receptora. Por otra parte, la entidad reclamada gestionó la solicitud de retrocesión referida, si bien estas gestiones no lograron la retrocesión de los fondos a la parte reclamante, a quien se le recordó su derecho de poner los hechos en conocimiento de los tribunales de justicia al objeto de exigir la devolución de los fondos a la persona receptora de la transferencia.

Por otro lado, el reclamante del expediente R-202124216 se mostraba disconforme con el abono de una operación de transferencia en una cuenta diferente a la indicada. Por su parte, la entidad alegó que, dado que dicha cuenta se encontraba cancelada, y a pesar de haber sido sustituida por otra con diferente numeración, entendía que era voluntad del reclamante recibir la transferencia en otra cuenta diferente de su

titularidad y que por ello, y con la intención de evitar al reclamante la incomodidad de una devolución, la transferencia fue abonada en otra cuenta. La actuación de la entidad reclamada fue considerada por el DCE como un posible quebrantamiento del artículo 59 del RDLSP, al no haber ejecutado la transferencia controvertida de acuerdo con el identificador único referenciado en la orden de transferencia, abonándola en otra distinta sin acreditar tener autorización para ello.

4.3.2 Irrevocabilidad de las transferencias

La transferencia constituye un mandato de pago irrevocable, por lo que, con carácter general, las cantidades abonadas en cuenta al beneficiario no pueden ser retrocedidas 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 en su día con la entrada en vigor de la ya derogada Ley de Servicios de Pago (LSP), estableciendo actualmente el RDLSP, en su artículo 52 (recordemos que esta norma supuso la derogación de la primera), que, con carácter general, el usuario de servicios de pago no podrá revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante. 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.

La retrocesión de una transferencia fue el objeto solicitado por la parte reclamante del expediente R-202017859, pues afirmaba haber sido víctima de una estafa, dado que la obra de asfaltado contratada no fue efectuada correctamente por el contratista.

La entidad ordenante alegó que la parte reclamante había ordenado la transferencia por banca electrónica, autorizándola con sus credenciales. No obstante, cuando aquella puso en su conocimiento los hechos acaecidos, realizó gestiones ante la entidad beneficiaria de la operación de pago. La entidad beneficiaria defendió que la orden de transferencia recibida fue abonada automáticamente, procediendo a solicitar autorización al beneficiario para proceder a la retrocesión solicitada por la parte reclamante, no resultando esta posible por falta de consentimiento de aquel.

Recordando que la opinión del DCE se debe centrar exclusivamente en las cuestiones bancarias y que este no tiene competencias para valorar si se ha producido un ilícito penal —pudiendo dirigirse las partes en este punto a los tribunales de justicia—, no se estimó que la actuación de las entidades reclamadas fuera contraria a las buenas prácticas y usos financieros, por cuanto, una vez ordenada la transferencia reclamada, el usuario de servicios de pago no puede revocarla, siendo necesario

para ello el consentimiento del beneficiario de la operación. A mayor abundamiento, quedó acreditado que las entidades tramitaron la solicitud de devolución de la operación, recibiéndose una respuesta negativa.

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 del ordenante, usuario de servicios de pago— por duplicidades o errores atribuibles a la propia entidad ordenante. Este aspecto será expuesto con mayor detalle en el epígrafe «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 que cabe destacar el que la cuenta destinataria esté cancelada.

4.3.3 Comisiones y gastos de las operaciones de pago

Como indicamos anteriormente, en toda prestación de servicios de pago en la que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en España, o uno de los proveedores esté situado en España y el otro u otros lo estén en otro Estado miembro de la UE, o en la que solo intervenga un proveedor de servicios de pago que esté situado en España, 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 (art. 35 del RDLSP).

En cuanto a los requisitos de información previa al usuario de servicios de pago sobre este aspecto, resulta esencial conocer si la transferencia de la que se trata se ejecuta al amparo de un contrato marco o, por el contrario, debe tener la consideración de operación singular.

En el supuesto de que la transferencia se enmarque en la realización de una operación financiera (como puede ser la disposición de los fondos recibidos de un préstamo), le será aplicable el criterio de facilitar la información previa sobre esta operación de pago al tiempo que se proporciona la información precontractual de la operación de financiación principal. Este criterio viene desarrollado en el subapartado titulado «Comisión por emisión de cheques» y en el epígrafe relativo a los préstamos hipotecarios.

En el expediente R-202106293, la reclamante mostraba su disconformidad con el cargo en su cuenta de una comisión por la realización de una OMF (órdenes de movimientos de fondos) para la disposición de los fondos de un préstamo hipotecario,

señalando que no se lo habían comunicado previamente y que, de haberlo sabido, habría optado por efectuarla por otros medios.

Alegó la entidad que la cliente instruyó la orden de pago presencialmente en la sucursal y dio su conformidad al coste de la comisión por el servicio prestado mediante la firma del documento de emisión.

De conformidad con el nuevo criterio de buenas prácticas bancarias introducido en la Memoria de 2020, este Departamento emitió un pronunciamiento desfavorable a la actuación de la entidad reclamada, al no constar en el expediente que hubiese facilitado a la reclamante información previa sobre el coste de la ejecución de la transferencia controvertida en el momento de proporcionarle la información precontractual del préstamo hipotecario otorgado para la adquisición de su vivienda habitual.

Por lo que se refiere a los tipos de cambio, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, relativo a los pagos transfronterizos en la Unión[38], cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante ofrezca un servicio de conversión de divisas en relación con una transferencia[39], comunicará al ordenante antes del inicio de la operación de pago, de forma neutra y comprensible, el importe total estimado de la transferencia en la divisa de la cuenta del ordenante, incluidos los gastos de la transacción y las comisiones por conversión de divisas, y le indicará asimismo una estimación del importe que se transferirá al beneficiario en la divisa utilizada por el beneficiario (véase el epígrafe de este capítulo «Tipos de cambio»).

En el caso de que dicha operación se inicie directamente en línea a través del sitio web o de la aplicación de banca móvil de dicho proveedor de servicios de pago, también comunicará al ordenante, antes del inicio de la operación, una estimación de las comisiones por los servicios de conversión de divisas aplicables a esta.

Algunos ejemplos de expedientes resueltos en 2021 sobre el tipo de cambio aplicado en operaciones de divisas con clientes son los siguientes:

— En el expediente R-202019417, la reclamante consideraba que a la transferencia en coronas danesas que recibió en su cuenta se le había aplicado un tipo de cambio diferente al publicado en la fecha de la transacción. La entidad alegó que, en el contrato firmado por las partes,

38 Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, relativo a los pagos transfronterizos en la Unión.

39 Que, según se define en la Directiva (UE) 2015/2366, es un servicio de pago destinado a efectuar un abono en una cuenta de pago de un beneficiario mediante una operación de pago o una serie de operaciones de pago con cargo a una cuenta de pago de un ordenante por el proveedor de servicios de pago que mantiene la cuenta de pago del ordenante, y prestado sobre la base de las instrucciones dadas por el ordenante.

se pactó de forma expresa que las transferencias internacionales con abono en cuenta tendrían un coste del 0,40 % del importe transferido, con un precio fijo mínimo de 15 euros. El DCE no apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias, toda vez que, tratándose de una operación sujeta al contrato marco, las cuantías repercutidas por la entidad reclamada eran acordes a las condiciones pactadas en el citado contrato y al haber quedado acreditado que aquella proporcionó a su cliente la información y las condiciones a las que alude el artículo 14.c) de la OSP.

— En el expediente R-202101582, el reclamante mostró su disconformidad con la información proporcionada por la entidad sobre el tipo de cambio aplicable a una transferencia que ordenó en dólares con cargo en su cuenta denominada en euros. La entidad sostenía que la operativa con divisas está liberalizada en España y que el cliente conocía el tipo de cambio en el momento en el que firmó la operación. Este Departamento concluyó que la actuación de la entidad reclamada podría suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela, por cuanto en el contrato marco, al amparo del cual se emitió la transferencia controvertida, no constaban ni la información ni las condiciones relativas al tipo de cambio que resultaría de aplicación a la referida operación de pago, o el tipo de referencia.

Por otra parte, el artículo 53 del RDLSP, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», establece que, con carácter general, los proveedores de servicios de pago del ordenante y del beneficiario, y todos los posibles intermediarios que intervengan en la operación de pago, deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago, absteniéndose de deducir gasto alguno de la cantidad transferida.

No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que este deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario. En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario.

Si se deducen del importe transferido otros gastos distintos de los contemplados en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por parte del beneficiario del importe total de la operación de pago iniciada 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 UE, 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 53 del RDLSP.

Según esto, y en aras de la transparencia, es criterio reiterado de este Departamento 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.

En el expediente R-202115504, la reclamante mostró su disconformidad con el cobro de unos gastos tras ordenar una transferencia con cargo en su cuenta en dólares. La entidad reclamada alegó que en la orden de transferencia firmada por la cliente se le advertía de la posibilidad de que la operación requiriese de la intervención de un banco corresponsal, lo cual podría conllevar unos gastos adicionales. Habiendo quedado acreditado tal extremo y tratándose de una operación singular, el DCE no emitió un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad.

En el expediente R-202016009, el reclamante denunció la devolución de dos transferencias internacionales que había ordenado previamente desde su cuenta por importes inferiores a los emitidos en su día. La entidad defendió que las transferencias eran a un país de fuera de la zona SEPA, con necesidad de intervención de un banco corresponsal que puede cargar sus propias comisiones, por lo que los gastos podían ser más elevados. Además, señaló que las órdenes fueron autorizadas por el cliente, que consintió el pago de comisiones y gastos de emisión.

Este Departamento concluyó que la actuación de la entidad reclamada resultó contraria a las buenas prácticas y usos financieros, por no constar que el contrato marco al amparo del cual se realizaron las transferencias reclamadas hiciese mención a la posible existencia de gastos aplicables por parte de los corresponsales que pudieran participar en la ejecución de las transferencias.

4.3.4 Recepción de órdenes de pago

Conforme a lo establecido por el artículo 50 del RDLSP, el momento de recepción de una orden de pago será aquel en que esta es recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante, con independencia de que haya sido transmitida directamente por el ordenante, por cuenta de este por un proveedor de servicios de iniciación o indirectamente a través del beneficiario.

Cabe destacar que no se adeudará la cuenta del ordenante antes de la recepción de la orden de pago.

En este contexto, si el momento de la recepción no es un día hábil para el proveedor de servicios de pago del ordenante, la orden de pago se considerará recibida el siguiente día hábil. El proveedor de servicios de pago podrá establecer, poniéndolo en conocimiento del ordenante, una hora límite próxima al final del día hábil a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

Y, si el usuario de servicios de pago que inicia la orden de pago y el proveedor de servicios de pago acuerdan que la ejecución de la orden de pago comience en una fecha específica o al final de un período determinado, o bien el día en que el ordenante haya puesto fondos a disposición del proveedor de servicios de pago, a efectos del artículo 55, se considerará que el momento de recepción es el día acordado. Si este día no fuese un día hábil para el proveedor de servicios de pago, la orden de pago se considerará recibida el siguiente día hábil.

El reclamante del expediente de reclamación R-202104166 no estaba conforme con la fecha de cargo en un determinado mes de una transferencia periódica que había dado de alta años atrás en su banca electrónica, pues señalaba que, al caer en día festivo el día de su ejecución, la entidad debió haberla ejecutado el siguiente día hábil, mas no el anterior, como sucedió en su caso. En sus alegaciones, la entidad defendió su correcta actuación, afirmando que, cuando corresponda ejecutar una transferencia en día festivo, esta se realizará el día hábil anterior.

Examinado tanto el contrato de cuenta corriente como el de servicio telemático, este Departamento comprobó que no constaba que las partes hubieran establecido particularidad alguna con respecto a la fecha en que debía considerarse recibida una orden de pago por el proveedor de servicios de pago, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 del RDLSP, y habiendo caído en día inhábil el día de los hechos reclamados, la transferencia cuestionada debería haber sido considerada como recibida por la entidad reclamada y, en consecuencia, ejecutada con cargo a la cuenta del cliente el día hábil posterior al acordado en la orden de transferencia periódica.

Constando que la discutida transferencia no fue ejecutada de conformidad con lo dispuesto por el citado artículo, este Departamento apreció en la actuación de la entidad reclamada un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

4.3.5 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. Por otra parte, 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.

4.3.6 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 pago 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 SEPA, cuyos fondos estarán disponibles en la cuenta del beneficiario en un tiempo inferior a diez segundos, con el único límite cuantitativo de 100.000 euros por operación.

Desde febrero de 2018, están adheridas a este esquema la mayor parte de las entidades bancarias españolas, que ya ofrecen a sus clientes este servicio de transferencias instantáneas.

Como indicábamos, los proveedores de servicios de pago no están obligados a ofrecer pagos inmediatos a sus clientes, si bien, con el ánimo de facilitar que un mayor número de proveedores ofrezcan dicha prestación, el BCE desarrolló el servicio de liquidación de pagos instantáneos TARGET *[TARGET Instant Payment Settlement* (TIPS)], 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 surgió Bizum, proyecto conjunto de solución de pagos de la banca española, que nació como una iniciativa de innovación digital caracterizada por la inmediatez 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 encuentre 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.

Otras prestaciones ofrecidas por Bizum son el pago de compras por Internet en los comercios asociados, el envío de donaciones a ONG o el cobro y pago de premios en las administraciones de loterías y apuestas del Estado que no superen los 2.000 euros.

4.3.7 Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

En este apartado nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el epígrafe de este capítulo «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas

En este apartado nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el epígrafe de este capítulo «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

En este apartado nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular dentro de los epígrafes «Pagos con tarjeta no autorizados» y «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas», de este capítulo.

Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente

Creemos relevante recordar que las transferencias realizadas de acuerdo con el identificador único (IBAN) consignado por el ordenante se considerarán correctamente ejecutadas en relación con el beneficiario especificado en dicho identificador. A este respecto, para las órdenes de pago iniciadas directamente por el ordenante, el artículo 60.1 del RDLSP establece que el proveedor de servicios de pago del ordenante será responsable frente a este de la correcta ejecución de la operación de pago, a menos que aquel pueda demostrar al ordenante y, en su caso, al proveedor de servicios de pago del beneficiario que este último proveedor recibió el importe de la operación. De ser así, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de su correcta ejecución.

Si, de acuerdo con lo anterior, resultó ser responsable la entidad del ordenante, esta le devolverá, sin demora injustificada, la cantidad correspondiente a la operación de pago controvertida.

De igual manera, en el supuesto de que fuese responsable la entidad del beneficiario, esta pondrá a su disposición y de forma inmediata el importe de la operación.

En estos casos, y con independencia de cuál de los proveedores de servicios de pago fuese responsable, el del ordenante tratará de rastrear la operación de pago inmediatamente, notificando a su cliente los resultados, sin que por ello pueda cobrarle gasto alguno.

Cuando se trate de errores imputables al cliente ordenante, el criterio del DCE 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, con base en el principio de irrevocabilidad de estas operaciones de pago, las cantidades abonadas en la cuenta del beneficiario no pueden ser retrocedidas si no media el oportuno consentimiento de este o la preceptiva orden o mandato legal.

Si la incidencia consistiese en duplicidades o errores al emitir la transferencia atribuibles a la entidad ordenante, esta instará la correspondiente solicitud de retrocesión prevista en la Instrucción SNCE/CE/13/007, dirigida a la entidad beneficiaria. Si la petición fuese atendida por esta última, al concurrir los requisitos interbancarios necesarios, dicha entidad beneficiaria deberá comunicar esta circunstancia a su cliente —beneficiario—, previa o simultáneamente a la anulación del abono. En un supuesto como este, el DCE exige también de la entidad beneficiaria, ante la disconformidad del beneficiario al verse desprovisto del importe de la transferencia (alegando, por ejemplo, que los fondos le pertenecían por una relación

subyacente que mantenía con el ordenante), que remita a la entidad ordenante una solicitud de ampliación de información, con la finalidad de poder dar las explicaciones adecuadas al beneficiario desposeído de los fondos.

A estos efectos, las entidades participantes deberán tener en cuenta lo establecido en la citada instrucción operativa, que regula las responsabilidades de las entidades con respecto al procedimiento interbancario para las solicitudes de retrocesión de transferencias SEPA, y en el *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook,* que prevé el intercambio de información a través de determinados ficheros, que, en el caso de tratarse de entidades representadas (es decir, que no participan directamente), pueden tener alguna especificidad, resultándoles igualmente aplicables tanto la normativa del SNCE como los *rulebooks* del Consejo Europeo de Pagos.

4.4 Adeudos domiciliados

4.4.1 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 en que en este la operación de pago es iniciada por el beneficiario o acreedor.

La normativa de servicios de pago establece un marco de actuación más transparente para el emisor y el pagador, con el objetivo de que cualquier operación que se envíe para su adeudo al pagador tenga un soporte más claro y sólido. De este modo, adquieren especial importancia las siguientes cuestiones:

— El emisor debe conservar, correctamente firmada, la orden de domiciliación.

— Ha de informarse al pagador, en tiempo y forma, del importe y del concepto del cargo.

— El importe que ha de pagar 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 cursar desde la entidad B con destino a la entidad A una orden de transferencia, a fin de 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 58.1 del RDLSP, que señala que el proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del primero, salvo que medie una conversión de moneda entre el euro y una divisa que no sea la de un Estado miembro de la UE.

4.4.2 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 *(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 —cada cobro puntual debe tener un mandato y un código diferentes— y recurrentes.

4.4.3 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 de los cobros en su cuenta, 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 autógrafa o por firma electrónica avanzada del deudor, y es válido hasta que se produzca una retirada del consentimiento o aquel caduque.

Es imprescindible que exista autorización previa de carácter genérico por parte del titular de la cuenta o del autorizado en esta 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 la LSP 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 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.

4.4.4 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 al cargo del deudor, siendo necesaria una autorización por cada adeudo. Estas formalidades tienen su explicación en que en este esquema el deudor renuncia al derecho de 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 tres días hábiles después del vencimiento.

En algunos casos se ha producido disconformidad por parte de los clientes de entidades supervisadas por haber tramitado estas remesas de recibos por el

esquema B2B. Si la entidad no puede aportar acreditación de que este era el esquema habitualmente utilizado por su cliente o de que haya prestado su consentimiento para operar en dicho esquema, se ha considerado la actuación de estas entidades como contraria a las buenas prácticas bancarias.

4.4.5 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 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 del 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 por la entidad beneficiaria con antelación a su fecha de cobro, que será aquella en la que el deudor debe cumplir con su obligación de pago, dentro de los 14 días previos a su fecha de vencimiento y, a más tardar, un día hábil interbancario antes de esa fecha.

Por otra parte, resulta oportuno citar la sentencia del TJUE de fecha 5 de septiembre de 2019, en el asunto C-28/18, por la que falla que el artículo 9.2 del Reglamento n.º 260/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se excluya el pago por adeudo domiciliado en euros efectuado a través del régimen de adeudos domiciliados establecido en el ámbito de la UE (adeudo domiciliado SEPA) cuando el ordenante no tiene su domicilio en el mismo Estado miembro que aquel en el que el beneficiario ha establecido la sede de sus actividades.

Por lo tanto, se debe entender que ningún emisor de recibos (tampoco las entidades financieras) podría denegar la domiciliación de dichos adeudos en una cuenta de cargo por el hecho de que el ordenante no tenga su domicilio en el mismo Estado miembro que el beneficiario. En caso de que se produjera un rechazo como el

descrito, estaríamos ante una situación de lo que, en terminología inglesa, se ha llamado *IBAN discrimination.*

El referido régimen del Reglamento 260/2012 se aplicó en el expediente R-202118004. En el caso analizado en él, el reclamante, titular de una tarjeta de crédito emitida por la entidad reclamada, expresaba su malestar ante la falta de aceptación por parte de esta de la modificación de la cuenta de domiciliación de los pagos de las liquidaciones de la tarjeta por una cuenta abierta en una entidad de Lituania (IBAN lituano).

La entidad alegó que la solicitada modificación de cuenta domiciliataria se trataba de una cuestión enmarcada en su política comercial y de riesgos, y que sus sistemas informáticos no estaban preparados para emitir recibos a entidades de fuera de España.

Finalmente, el DCE, con base en el citado Reglamento n.º 260/2012, concluyó que la negativa de la entidad reclamada a la solicitada modificación de IBAN pudo suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria, y recuerda que los reglamentos comunitarios resultan de automática aplicación y son obligatorios en todos los Estados miembros desde su entrada en vigor, sin necesidad de su incorporación al derecho nacional.

4.4.6 Procesos excepcionales de cancelaciones, rechazos y devoluciones

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 59 y 60 del RDLSP.

— 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 51 del RDLSP. Para mayor información al respecto, nos remitimos al siguiente epígrafe, «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 43, 48 y 49 del RDLSP.

4.4.7 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 comunicarlo 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 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 tres 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, durante un plazo de ocho semanas, un derecho incondicional a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas en el caso de adeudos domiciliados en euros, cuando los proveedores de servicios de pago del ordenante y del beneficiario estén radicados en la UE o cuando el único proveedor de servicios de pago que intervenga en la operación esté radicado en la UE.

— En el caso del resto de los adeudos domiciliados a los que resulte de aplicación la norma, el cliente tendrá derecho a la devolución, 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.

No obstante, en todos los casos, el ordenante y el proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que aquel no tenga derecho de reembolso si se cumplen los siguientes requisitos:

a) que el ordenante haya dado su consentimiento para que se ejecute la operación de pago directamente al proveedor de servicios de pago, y

b) que el proveedor de servicios de pago o el beneficiario hayan proporcionado o puesto a disposición del ordenante, en la forma acordada, información relativa a la futura operación de pago al menos con cuatro semanas de antelación a la fecha prevista.

A petición de la entidad, el ordenante deberá aportar datos de hechos referentes a dichas condiciones. En el plazo de diez días hábiles desde la recepción por parte de la entidad de la solicitud de devolución, esta deberá abonar 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.

En el expediente R-202124297, el reclamante mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a su solicitud de devolución de un recibo correspondiente a la prima de un seguro de vida suscrito a través de la propia entidad. La entidad alegó que las condiciones generales del contrato de cuenta suscrito establecían, con respecto a las operaciones autorizadas iniciadas por un beneficiario o a través de este, que el titular no tendría derecho a reembolso cuando hubiera dado su consentimiento para que se ejecutara la operación de pago directamente al proveedor de servicios de pago y este o el beneficiario le hubieran proporcionado o puesto a su disposición la información relativa a la operación de pago con al menos cuatro semanas de antelación. Además, indicó que dicha información había sido facilitada a su cliente con suficiente antelación, puesto que el boletín de adhesión al seguro firmado por este incluía una cláusula por la que declaraba haber recibido un ejemplar de las condiciones generales y especiales de la póliza, en las que figuraba una tabla que permitía calcular la prima a pagar cada año.

Ante las manifestaciones del reclamante, que negaba haber recibido dicho documento, este Departamento no consideró suficiente la inclusión de una cláusula estándar en el contrato referido. Tal y como ha manifestado el TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2014 (en relación con un contrato de crédito al consumo, si bien sus argumentos son extrapolables a otros contratos), 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 le entregó la debida información. Entiende el TJUE 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, pero, en todo caso, se tiene que corroborar con los medios de prueba pertinentes, en caso de que sea denegado.

Dado que, por otra parte, no constaba la firma o recibí del reclamante en las condiciones generales del seguro, que contenían los datos necesarios para el

cálculo de las primas, el DCE consideró que la actuación de la entidad podría suponer un quebrantamiento de los artículos 48 y 49 del RDLSP.

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 aquel ya no se giren más recibos. En alguno de los casos planteados ante el DCE 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.

En el expediente R-202101056, la sociedad reclamante solicitó a la entidad la devolución de dos recibos domiciliados cargados en la cuenta de su titularidad, entendiendo que su petición se había producido dentro de los 13 meses a los que hace mención el RDLSP. La entidad alegó que en el año precedente había reducido, para los no consumidores, el plazo de notificación de operaciones no autorizadas a ocho semanas, modificación que había comunicado a la parte reclamante mediante escrito personalizado remitido al domicilio social de la mercantil.

Al respecto, el DCE recordó que el RDLSP, en su artículo 34, permite la posibilidad de convenir la no aplicación, total o parcialmente, de los artículos 35.1, 36.3, 44, 46, 48, 52, 60 y 61 del título III de la norma, así como que no se aplique total o parcialmente el artículo 49 y el establecimiento de un plazo distinto del dispuesto por el artículo 43 cuando el usuario de servicios de pago no sea un consumidor ni una microempresa, como sucedía en este caso. Así, examinado el contrato de cuenta suscrito por las partes, este Departamento comprobó que estas habían pactado la exclusión de las disposiciones previstas en el RDLSP, acordando un régimen distinto para la solicitud de recibos tanto autorizados como no autorizados. Dado que la solicitud de devolución se había planteado una vez superado el plazo pactado, no se apreció en la actuación de la entidad un comportamiento apartado de 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 51 del RDLSP, la entidad deberá notificar al usuario de servicios de pago tanto dicha negativa como los motivos de esta, y el procedimiento para rectificar los posibles errores de hecho que lo hayan originado.

Algunas de las causas por las que se puede producir el rechazo de la orden de pago son las siguientes: IBAN de la cuenta incorrecto, cuenta cancelada o bloqueada, o cuenta que no admite adeudos directos por razones normativas (legales o consensuales), 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.

4.4.8 Revocación de la orden de adeudo domiciliado

Es criterio general de este Departamento 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, el RDLSP establece, en el punto 3 de su artículo 36, 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 52 del RDLSP. 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 52 prevé que, «en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución fijados en este real decreto-ley, el ordenante 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.

Por otra parte, se ha podido observar en algún expediente de reclamación que ciertas entidades permiten el cargo de recibos cuando no existe saldo en cuenta suficiente para ello, con el correspondiente cargo de las comisiones e intereses

pactados para esos casos, y que, a continuación, proceden a la devolución de dichos recibos.

Con respecto a esta cuestión, resulta pertinente recordar que las entidades no están obligadas a atender adeudos domiciliados en caso de no disponer de saldo suficiente en la cuenta, ya que esto 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.

Sin embargo, en el caso de que decidan atender el pago de dichos recibos, su posterior devolución podría ser considerada contraria a la normativa de servicios de pago, que solo prevé el derecho a solicitar la devolución de operaciones de pago a iniciativa del ordenante.

Asimismo, si el titular de una cuenta diese instrucciones para que no se admitan adeudos en descubierto contra su cuenta, en caso de que la operativa de la entidad no soportase dicha instrucción, la entidad debería estar en condiciones de acreditar haberle informado en ese sentido.

4.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja

4.5.1 Consideraciones generales

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas corrientes 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 DCE 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 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 con la firma que figura tanto en el documento de identificación exhibido como en la cartulina de firmas de apertura de cuenta, y asegurándose, por otra parte, de que se cumple el régimen de disposición pactado para la cuenta.

4.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago

El RDLSP establece, en su artículo 57, que, cuando un consumidor o microempresa 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 la recepción de los fondos. Cuando el titular de la cuenta no sea un consumidor o microempresa, 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. Esta es, 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.

4.5.3 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 Departamento 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 cuadre 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 hubiera 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 44 del RDLSP.

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 se consideren precisas, para determinar así el modo en que se han desarrollado los acontecimientos y poder dirimir la discrepancia existente entre las partes.

4.5.4 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. 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 crédito[40]. 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 posible 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 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro. En este sentido, el artículo citado *in fine* establece que, excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de 50 monedas en un único pago.

40 En virtud de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, 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 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 la posibilidad de que, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, con el tiempo se ponga de manifiesto que este requiere una dedicación singular en relación con los servicios de caja.

Normalmente, estos servicios específicos se concretan en atender, aceptar, recontar, empaquetar y 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 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 pensar 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 monedas[41], 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

41 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 incluye 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.

Este Departamento considera que dichos comportamientos no son contrarios a la ortodoxia bancaria. Ahora bien, conviene subrayar la que ha venido siendo opinión del DCE 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 por un tercero, en este último caso no se 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 de mantener las partes opiniones contrarias al respecto, este Departamento carecería de competencias para resolver esta cuestión, que exigiría fijar indubitadamente el pacto que subyace y las responsabilidades que debieran imputarse a las partes intervinientes, para lo que los interesados tendrían que dirigirse a los tribunales de justicia.

Al margen de lo anterior, el DCE sí valora, cuando así se plantea, determinados aspectos de transparencia, como las indicaciones de 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 informen 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, esto es, lo que se suele denominar «comisión de recuento». El DCE 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.

4.5.5 Comisión por ingresos en efectivo[42]

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.

En este sentido, la reciente sentencia n.º 328/2022 de la Sala de lo Civil, de 12 de febrero, del Tribunal Supremo declara la nulidad de la comisión por ingreso en efectivo realizado en cuenta por terceras personas —ordenantes del pago— que solicitaban la incorporación de información adicional (concepto) en el justificante de la operación.

Nuestro Alto Tribunal concluye que la expresión del concepto del ingreso (cobro para el titular de la cuenta) y su inclusión en el justificante escrito emitido por la entidad carecen de una sustantividad propia, distinta de lo que constituye el servicio de caja, que permita que sea considerada como un servicio añadido al ingreso en efectivo en sí. Por consiguiente, estando este servicio de caja retribuido por la comisión de mantenimiento que paga el titular de la cuenta, el cobro al tercero que realiza el ingreso de una comisión añadida carecería de justificación y sería, por lo tanto, contraria al artículo 3.1, párrafo segundo, de la Orden EHA/2899/2011 porque no retribuye ningún servicio efectivo distinto del que ya es objeto de retribución por el cliente en la comisión de mantenimiento de la cuenta.

---

42 Se recupera para la presente Memoria este apartado recogido en años anteriores a la Memoria de 2020, en la cual no fue incluido por encontrarse en proceso de estudio.

4.5.6 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 más que presta la entidad, por lo que es a esta a la que le corresponde informar de las condiciones aplicables en lo relativo a comisiones, horarios u otros aspectos.

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 se presta este servicio se ubica en el ámbito de la normativa interna de la entidad, de tal forma que, con carácter general, 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. Corresponde a los usuarios de las entidades de crédito evaluar dichas 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:

— En el caso de las restricciones horarias para la prestación del servicio de atención del pago de recibos no domiciliados, la práctica más habitual en estas situaciones es que las oficinas bancarias señalen un horario restringido para atenderlo por ventanilla, incentivando la posibilidad de realizar estas operaciones a través de cajero automático, 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 Departamento 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 el DCE no puede inmiscuirse.

— Cuando las entidades actúan como 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 no domiciliados en caso de que la entidad dispusiera de carteles en las oficinas en los que se informe de una limitación para ese servicio específico. En este tipo de cobros o pagos, la entidad estaría actuando como una caja pública sometida a la normativa administrativa, de tal forma que habría que estar a lo recogido en el oportuno convenio de colaboración, así como en la normativa sectorial aplicable[43], por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la normativa bancaria de transparencia.

— Los ingresos en cuenta corriente (también los reintegros) forman parte, como se ha dicho, del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro.

  De esta manera, en caso de que las partes hubiesen establecido determinadas condiciones de disposición del saldo depositado en las cuentas, no se considera admisible la introducción de una restricción horaria, de fechas o de importe para la realización de esos ingresos o reintegros en las cuentas corrientes de los clientes —que consideramos incluidos dentro del servicio de caja básico— sin que la entidad proceda conforme a lo específicamente acordado entre las partes, así como a lo dispuesto por la normativa de servicios de pago —en tal supuesto, entendemos que corresponde al titular de la cuenta informar de las limitaciones establecidas contractualmente a quienes hayan de realizar

43 A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las Administraciones Tributarias.

ingresos en ella por cualquier motivo—. Ello sin perjuicio del derecho de los clientes a disponer en todo momento de su saldo en cuentas a la vista.

En cualquier caso, y con base en los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones entidad-cliente, este Departamento considera que los usuarios deben estar en condiciones de conocer dichas limitaciones, por lo que deberá constar información concreta sobre tales restricciones mediante carteles situados en lugares visibles de las oficinas bancarias, así como en los demás canales a disposición de los usuarios.

Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático

No se podrá exigir a la entidad que preste este servicio de caja de un modo determinado, pues la casuística, según el tipo de entidad de la que se trate, es variada. Así, hay entidades que no tienen una red de oficinas operativas al uso, mientras 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 (oficinas, cajeros automáticos, banca a distancia) que la entidad pone a su disposición para la prestación de sus servicios —entre ellos, el de caja—. Esto solo se puede conseguir si la entidad ofrece las explicaciones adecuadas y, además, las incluye en el correspondiente contrato. Sin embargo, si la entidad introdujera una restricción al respecto una vez que la relación contractual ya se encuentra establecida, deberá comunicarlo a la clientela de forma previa y con carácter individual.

No obstante, si se pretendiera que el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos fuera con carácter excluyente, sin poder hacerlo en ningún caso por ventanilla, la entidad debería, bien acreditar la inclusión de tal limitación en el contrato de cuenta, bien, cuando se trate de una limitación sobrevenida, comunicar a sus clientes con carácter individual la entrada en vigor de tales restricciones con la antelación exigible (dos 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.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno mencionar el documento de firma de la actualización del Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca, acordado entre representantes de la Asociación Española de Banca (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y al que se ha adherido la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC), en el que se propone adoptar, entre otras, medidas de atención más personalizada a las personas

mayores mediante fórmulas como la ampliación de los horarios de atención presencial a los clientes que abarque, como mínimo, de las 9 a las 14 horas para servicios de caja, en ventanilla o cajero, con asistencia personalizada dentro del horario de oficina y disponibilidad de, al menos, una persona por oficina para llevar a cabo estas funciones, la prioridad en caso de alta afluencia de público en oficinas y el establecimiento de un canal prioritario para mayores de 65 años y personas con discapacidad.

Por lo tanto, aunque el DCE no resulta competente para comprobar el cumplimiento, por las entidades asociadas a las organizaciones corporativas mencionadas, de las medidas incluidas en el protocolo mencionado, en el caso de que se presentase una reclamación relacionada con el incumplimiento de estas medidas, no se podría considerar una actuación ajustada a las buenas prácticas bancarias el que la entidad contra la que se presente la reclamación no invocase un motivo suficientemente justificado por el que no habría podido adoptar las medidas mencionadas.

En todo caso, se ha de tener presente como criterio de buena práctica el referido al adeudo de comisiones en cuenta corriente cuando se trata de la comisión por retirada de efectivo en ventanilla y la conveniencia de que se facilite al menos un sistema gratuito para la disposición del efectivo depositado en las cuentas.

Además de ello, y para el caso específico de los ingresos, hay que recordar que, desde la entrada en vigor de la LSP, y según refleja actualmente el artículo 57 del RDLSP, se podrá disponer del importe ingresado en una cuenta de pago, en la moneda en que aquella esté nominada, desde el mismo momento en que tenga lugar la recepción de fondos, y la 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 esto sea incompatible con el cumplimiento por la entidad de lo preceptuado en la referida previsión normativa.

4.5.7 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero

Al igual que la disposición adicional segunda de la LSP (añadida mediante el Real Decreto-ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automáticos), el RDLSP determina los límites a las comisiones que pueden establecer los proveedores de servicios de pago titulares de los cajeros automáticos y los emisores de tarjetas por la retirada de efectivo, así como la información que se debe proporcionar a los titulares de las tarjetas en esos casos.

En este contexto, 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 cobrar 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.

5 Cheques

5.1 El cheque como título valor

Los efectos cambiarios son títulos valores que llevan incorporado un derecho de cobro. El presente apartado tiene como finalidad abordar la problemática bancaria que se produce en relación con los efectos de uso más extendido: los cheques, regulados en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCCH), específicamente en los artículos 106 y siguientes. Esta ley incorporó a la legislación nacional las disposiciones contenidas en la llamada «legislación uniforme de Ginebra».

En este sentido, los principios que vertebran la norma son el de legitimación por la posesión, el de la literalidad del derecho incorporado y el de autonomía de la obligación que contienen.

A pesar de ser instrumentos de pago, mediante los que el titular puede disponer del efectivo depositado en una cuenta, en general, y salvo las excepciones que se señalarán posteriormente, no les resulta de aplicación la normativa de servicios de pago [en virtud de la exclusión prevista en el art. 4 g) del RDLSP].

El cheque es un título valor cambiario que puede ser utilizado con la finalidad de disponer del saldo existente en una cuenta abierta en un banco. El cheque adopta la forma de una orden de pago, pura y simple, dirigida a un banco (librado) y a favor de un tercero, a su orden o al portador. Puede ser presentado al cobro en ventanilla, o puede ser ingresado en cuenta, para que la entidad bancaria gestione su cobro.

A continuación reseñamos brevemente algunos artículos de la citada ley que han tenido incidencia en la resolución de los informes emitidos por el DCE e, igualmente, la normativa de transparencia que resulta de aplicación en esta materia.

5.2 Pago de cheque por ventanilla

Las normas que regulan el lugar de pago del cheque —arts. 106.4 y 107 de la LCCH— establecen que este, para ser reputado como tal, debe contener el lugar en que se va a pagar. Sin embargo, a falta de indicación especial, el lugar designado en el cheque junto al nombre del librado se reputará como su lugar de pago, por lo que otra sucursal distinta de la indicada en él no tiene la obligación legal de pagar en efectivo el cheque y podría negarse, salvo pacto contractual que contemplase la obligación de la entidad de pagarlo en sucursales distintas de la librada.

Es habitual, teniendo en cuenta las nuevas tecnologías, que otras oficinas hagan efectivo voluntariamente el pago del cheque, para lo cual llevarán a cabo gestiones confirmatorias con la oficina librada —existencia de saldo disponible, verificación de la firma, etc.—, que pueden devengar la correspondiente comisión.

Una vez que ha sido regularmente emitido, el librado que tiene fondos a disposición de su cliente (el librador) está obligado al pago, total o parcial (art. 108 de la LCCH).

El cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de 15 días (art. 135 de la LCCH).

5.3 Identificación del tenedor

El artículo 41 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, dispone:

> «Artículo 41. Obligación de informar acerca del libramiento de cheques por parte de las entidades de crédito.
>
> 1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 28.4, las entidades de crédito deberán comunicar anualmente a la Administración Tributaria la información relativa a los cheques que libren contra entrega de efectivo, bienes, valores u otros cheques, con excepción de los librados contra una cuenta bancaria.
>
> También deberán comunicar la información relativa a los cheques que abonen en efectivo, y no en cuenta bancaria, que hubiesen sido emitidos por una entidad de crédito, o que, habiendo sido librados por personas distintas, tuvieran un valor facial superior a 3.000 euros.
>
> 2. A estos efectos, las entidades de crédito deberán presentar una declaración que contendrá, al menos, la siguiente información:

a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal de los tomadores o, según proceda, de las personas que presenten al cobro los cheques que son objeto de esta declaración.

b) El número de serie y la cuantía de los cheques con separación de los librados por la entidad y los abonados por esta. Se distinguirán, a su vez, los emitidos por otras entidades de crédito y los librados por personas distintas de cuantía superior a 3.000 euros.»

En su artículo 140, la LCCH permite que el banco pueda exigir que el cheque se le entregue con el recibí del tenedor:

«Artículo 140

El librado podrá exigir al pago del cheque que este le sea entregado con el recibí del portador […]»

Por otra parte, el artículo 3 de la LPBC establece como obligaciones de las entidades de crédito, como sujetos obligados, las siguientes:

«1 Los sujetos obligados identificarán a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones.

En ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas. Queda prohibida, en particular, la apertura, contratación o mantenimiento de cuentas, libretas, activos o instrumentos numerados, cifrados, anónimos o con nombres ficticios.

2 Con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios o a la ejecución de cualesquiera operaciones, los sujetos obligados comprobarán la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes […]»

A estos efectos, el artículo 25 de la LPBC establece lo que sigue:

«1 Los sujetos obligados conservarán durante un período mínimo de diez años la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley.»

En consecuencia, y dado que la normativa descrita exige y permite que las entidades financieras establezcan procedimientos de salvaguarda de la legalidad y de los

intereses propios y de sus clientes, mediante los que se aseguren de la identidad de las personas con las que realizan sus operaciones, el hecho de solicitar la identificación al tenedor de un cheque, con independencia de cómo se encuentre emitido y de cuál sea su importe, es una medida que promueve la seguridad del tráfico cambiario y mercantil, y el DCE la considera ajustada a las buenas prácticas bancarias.

No obstante, la información que posee la entidad, relativa a la persona que efectivamente cobró el cheque, está sujeta al deber de reserva y confidencialidad previsto en el artículo 83, «Deber de reserva de información», de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSS). Efectivamente, como veremos más adelante, el cheque es un documento cambiario que está concebido para girar en el tráfico mercantil, y es esencialmente transmisible, mediante endoso o por cesión ordinaria. El tercero que cobra un cheque tiene deber de secreto, que solo puede ser levantado con el asentimiento de este tercero o, en su caso, mediante autorización judicial.

5.4 Revocación

La revocación del mandato de pago contenido en el cheque, según el artículo 138 de la LCCH, no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación. El plazo de presentación para los cheques emitidos y pagaderos en España es de 15 días, que se computan desde el día que consta en el cheque como fecha de emisión, lo cual es relevante tanto para el caso de cheques posdatados como para el de los antedatados. Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración de ese plazo.

En los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago. Los artículos 154 y 155 refieren un específico procedimiento judicial para los casos de extravío, sustracción o destrucción de un cheque.

En tal caso, no es suficiente con que el poseedor desposeído o el librador del documento avisen a la entidad de la existencia de la pérdida o destrucción del cheque. El mandato de pago contenido en el cheque no decae por la comunicación hecha a la entidad en este sentido. Las entidades deben advertir a la clientela de dicha circunstancia, es decir, deben aclarar que, si un tercero se presentara pretendiendo el cobro del documento, estarían obligadas al pago, a pesar de dicha comunicación, salvo que hubiera transcurrido el plazo de irrevocabilidad, o que se hubiera seguido el procedimiento indicado en los artículos 154 y 155 de la LCCH citados. Por lo tanto, para evitar el pago, el tenedor desposeído deberá acudir al juez competente, que será el que ponga en conocimiento del banco la denuncia, para que se retenga el pago. Tras la tramitación del procedimiento correspondiente,

el juez dictará sentencia y declarará, en su caso, amortizado el título y reconocida su titularidad.

Si bien este es el procedimiento establecido en la LCCH, en algunos casos, y entretanto se recibe la orden judicial, las entidades admiten la copia de la denuncia del robo/extravío del documento para aceptar la revocación.

En el caso de un cheque bancario, el librador y el librado coinciden, y la revocación hecha por el tenedor desposeído no liberaría a la entidad de crédito de las responsabilidades que tuviera que atender como libradora del efecto. Así, teniendo en cuenta lo dispuesto en la LCCH, que establece en el párrafo 1.º de su artículo 157 —refiriéndose a la prescripción del cheque— que «[l]as acciones que corresponden al tenedor contra los endosantes, el librador y los demás obligados prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación», cabría entender que, sin acudir al procedimiento judicial cambiario mencionado, habría que dejar transcurrir al menos seis meses para que la entidad pudiese anular el cheque bancario extraviado y emitir uno nuevo. Sin embargo, nuestros tribunales de justicia mantienen un criterio bastante más restrictivo, pues han aplicado a estos casos el plazo de prescripción ordinario establecido en el artículo 1964 del Código Civil, que actualmente es de cinco años.

De mantenerse el citado criterio jurisprudencial, la entidad actuaría correctamente si no atendiera la orden de revocación del mandato de pago recogido en el cheque bancario, hasta tanto haya transcurrido el plazo de 5 años y 15 días mencionado con anterioridad, si no se acredita la devolución del cheque, o que un juez haya declarado que la entidad no está obligada a su pago —evitando, por cualquiera de estos procedimientos, las posibles responsabilidades que le pudieran ser exigidas—. No obstante, en ocasiones, el banco librado solicita del tenedor desposeído que porta la denuncia, para el intervalo en el que se substancia el procedimiento de amortización, la suscripción de un documento en el que exonere a la entidad de su responsabilidad, asumiéndola él mismo, para el caso de que resulte finalmente demandado por el impago.

5.5 Endoso

El artículo 120 de la LCCH establece que «el cheque extendido a favor de una persona determinada, con o sin cláusula “a la orden”, es transmisible por medio del endoso. El cheque extendido a favor de una persona determinada con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, no es transmisible más que en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (de créditos)»[44]. El cheque, por tanto, es un título valor esencialmente transmisible.

44 Regulada en los artículos 1526 al 1536 del Código Civil y en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio.

Respecto a cómo debe llevarse a cabo el endoso, el artículo 122 de la misma ley exige que se escriba en el cheque o en su suplemento y sea firmado por el endosante. Se admite la figura del endoso en blanco, que consiste en que no se designa al endosatario o simplemente se incluye la firma del endosante, exigiéndose en este último caso, para que el endoso sea válido, que la firma se recoja en el dorso del cheque.

Por su parte, el artículo 123, al referirse a los efectos del endoso, señala que este transmite todos los derechos resultantes del cheque, y el 125 dice que «el tenedor de un cheque se considerará portador legítimo del mismo cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco».

Por último, respecto a las medidas que debe adoptar el librado de un cheque antes de proceder a su pago, el artículo 141 exige que compruebe la regularidad en la serie de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes.

5.6 Ingreso en cuenta

El cheque puede ser cobrado a través de su ingreso en cuenta, mediante la presentación a una cámara o sistema de compensación, según dispone el artículo 137 de la LCCH.

El DCE ha venido sosteniendo que cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera, entregándole cheques en gestión de cobro, el servicio o la gestión que espera sea desarrollada, y por la que, en principio, está dispuesto a pagar, incluye necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos necesarios para obtener el cobro del derecho incorporado al título. Una actuación acorde con la claridad y transparencia exige que, con carácter previo al momento en que se efectúa la entrega del cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de los múltiples aspectos que envuelve la gestión, comisiones de ingreso y devolución, abono en firme o salvo buen fin, gastos que pudiera comportar, firmeza del abono, etc. Para justificar esta actuación, la entidad debe conservar el documento acreditativo de haber facilitado tal información previa, así como la solicitud de ingreso o resguardo de entrega de los efectos bancarios en que, igualmente, conste la citada información, debidamente suscrita por el cliente, para de esa forma tener constancia de que se le ha facilitado una información adecuada y el cliente pueda conocer con total claridad las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada y prestar su conformidad con plena información.

Este criterio de buena práctica bancaria tiene ahora su reflejo en la norma sexta de 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, apartado 2.6, que dispone:

> «2.6 Negociación de cheques. Antes de la cesión en gestión de cobro de un cheque a la entidad, esta facilitará al cliente, al menos, la siguiente información:
>
> a) La descripción de la gestión que realizará con el cheque. Cuando, además de encargarse de gestionar el cobro del cheque, la entidad vaya a abonar el importe de este al cliente y a permitirle disponer de él, deberá advertirle claramente de que i) dicho abono será condicional, esto es, "salvo buen fin", no adquiriendo firmeza hasta el momento en que el cheque sea efectivamente cobrado, y ii) si se produce el impago o devolución del cheque, el cliente quedará obligado a devolver lo recibido, pudiendo, en su caso, resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en la cuenta de aquel. Cuando la entidad vaya a abonar el importe del cheque al cliente, pero limitando su disponibilidad, deberá advertirle expresamente de esta indisponibilidad temporal del importe del cheque hasta la fecha del cobro efectivo de este.
>
> b) El plazo máximo que transcurrirá desde que el cliente cede el cheque a la entidad hasta su cobro efectivo y, en su caso, la subsiguiente firmeza del abono de su importe. Cuando, por tratarse de cheques librados sobre el extranjero o por otras circunstancias, no sea posible determinar la fecha a partir de la que los fondos abonados adquirirán firmeza, se hará saber al cliente la indeterminación de la firmeza del abono, con independencia de la disponibilidad o indisponibilidad de este, y el plazo estimado que transcurrirá hasta su cobro efectivo.
>
> c) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de las gestiones realizadas, con indicación de los supuestos y condiciones en que unas y otros serán aplicables. En particular, la entidad informará también de la comisión que adeudará en caso de que el cheque resulte impagado o devuelto.
>
> d) La forma en que, en caso de ser devuelto el cheque por impago total o parcial, la entidad ofrezca al cliente la posibilidad de una nueva presentación al cobro.»

Por lo tanto, el deber de información previo al encargo de gestión de cobro del cheque pasó a formar parte de la normativa de transparencia y protección de la clientela, y el incumplimiento de este deber por parte de la entidad financiera puede suponer, consecuentemente, un quebrantamiento de dicha normativa si el cliente que encarga la gestión del cheque es persona física.

5.7 Ingreso en cuenta por un tercero distinto de su titular

Para efectuar cualquier tipo de ingreso en la cuenta de un tercero, es absolutamente imprescindible que la persona que pretende hacerlo conozca la numeración específica de la cuenta en la que pretende realizarlo (cuenta beneficiaria).

Las entidades, en buena práctica bancaria, no pueden aceptar ingresos en los que no se identifique la cuenta beneficiaria —sino, por ejemplo, tan solo la persona a quien van dirigidos—, pues tal negativa responde a una imprescindible medida de seguridad que ampara la confidencialidad de los datos bancarios de su cliente y que viene exigida por la normativa que regula la protección de datos de carácter personal.

Además, y para el caso específico del ingreso de cheques, no se puede equiparar el ingreso de dichos efectos por un tercero con el que efectuaría el propio titular, muy especialmente por las consecuencias que de dicho ingreso se pueden derivar; entre ellas, a modo de ejemplo, el cobro de una comisión de gestión de cobro o las derivadas de su impago —siendo necesario siempre en esos casos que se trate de un servicio solicitado por el titular de la cuenta, y que este sea informado del desarrollo de dicho servicio y de las comisiones que lleva o puede llevar aparejado—, u otras de cualquier índole.

Así, dado que no es lo mismo el ingreso de un cheque en gestión de cobro por el propio titular de la cuenta que el ingreso en efectivo por un tercero —que no conlleva ningún tipo de comisión para el titular de la cuenta, y ante el que no cabría exigir el conocimiento y consentimiento de este—, entiende el DCE que, conforme a las exigencias que demandan las buenas prácticas bancarias, la entidad no puede llevar a cabo dicha gestión sin el conocimiento y consentimiento del titular de la cuenta, para que de esta forma el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con una información suficiente— las condiciones económicas que eventualmente se derivan de la operación.

En efecto, en nuestra opinión, carecería de sentido que los requerimientos de información previa sobre la gestión de cobro y sus posibles costes se exijan cuando el ingreso lo efectúa el titular de la cuenta, y que, sin embargo, cuando dicha gestión la encomienda un tercero ajeno a la cuenta, no se informe al titular de dichas comisiones y gastos, titular que, salvo prueba en contrario, no ha aceptado o solicitado servicio alguno.

En el supuesto de que se tratara de cheques nominativos, además, la entidad ha de encontrarse en condiciones de acreditar que ha verificado, en su caso, la regularidad en la cadena de endosos.

5.8 Compensación

De acuerdo con el artículo 137 de la LCCH, la presentación a una cámara o sistema de compensación equivale a la presentación al pago.

Habitualmente, el sistema a través del cual se tramita el cobro de los cheques es el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE). De conformidad con la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pago y liquidación de valores, corresponde a la Sociedad Española de Sistemas de Pago, SA (Iberpay), la elaboración y publicación de las normas básicas de funcionamiento del SNCE. Adicionalmente, deben tenerse en cuenta las previsiones contenidas en el Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (publicado en el *BOE* de 16 de julio de 2018). Asimismo, las entidades participantes se dotaron de una serie de convenios e instrucciones técnicas y operativas que carecen de la consideración de normas, por lo que solo son obligatorias para las entidades participantes.

Tradicionalmente, cuando se transfiere o se cobra un título valor, se hace entrega física del documento. El truncamiento consiste en la sustitución del intercambio físico de documentos relativos al pago por el intercambio electrónico de la información que contienen, conservando el soporte material la entidad presentadora o tomadora. Por tanto, nos encontramos ante una «inmovilización», por parte de la entidad tomadora, de los originales de un efecto mercantil, pasando la información que este contiene a la entidad pagadora mediante un soporte magnético. En resumen, el truncamiento es una prerrogativa, otorgada a las entidades de crédito, de poder entregar con carácter liberatorio un recibo acreditativo de pago de un efecto cambiario domiciliado sin necesidad de desplazarlo materialmente.

De acuerdo con el convenio sobre truncamiento de cheques, de pagarés de cuenta corriente y otros documentos, la entidad tomadora responde frente a la entidad librada de la fidelidad de los datos aportados al sistema desde los documentos originales en caso de truncamiento. En particular, el importe deberá corresponderse con la cantidad escrita en letra.

A pesar de las múltiples ventajas que reporta a las entidades el pago por truncamiento, en ocasiones su utilización evidencia algunas dificultades prácticas, como la de la comprobación de la suficiencia y autenticidad de las firmas contenidas en el documento, toda vez que este queda inmovilizado en poder de la entidad tomadora, y los datos que esta transmite a la librada no permiten detectar si falta alguna de las firmas o su corrección.

Sobre este asunto, el Tribunal Supremo mantiene (sentencia 79/1998, de 9 de febrero, entre otras) que:

> «[…] A los efectos de la responsabilidad del Banco, nada importa la utilización del método del truncamiento —que implica la inmovilización del título en la oficina bancaria donde se ha presentado para su cobro, de manera que se hace llegar al librado solo la información en soportes electrónicos gestionados de forma centralizada por toda la Banca—, que favorece la rapidez de la gestión, pero también reduce los costes y supone un ahorro de personal, lo cual, si beneficia económicamente a la entidad que lo utiliza, trae como efecto la aplicación del principio según el cual quien es favorecido por una actividad que le reporta utilidad debe soportar asimismo los riesgos derivados de la misma.
>
> Evidentemente es de aplicación aquí la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón sin los requisitos exigidos. Por ello, es indiferente la existencia de un convenio de truncamiento, pues frente al cliente quien debe responder siempre es la entidad librada, en los términos previstos en el artículo 156 LCCH […]»

En cuanto a la asunción de responsabilidades por estas posibles disfunciones, el Reglamento del SNCE establece, en su artículo 26, «Resolución de Incidencias en el SNCE», que «[l]as incidencias surgidas entre Entidades Miembros como consecuencia de los procesos de Intercambio de Operaciones serán resueltas apelando al buen entendimiento que debe presidir en todo momento las relaciones entre Entidades Miembros. De no encontrarse, pese a esto, una solución aceptada por las Entidades Miembros involucradas en la incidencia, y siempre que el asunto no sea objeto de un proceso ante la jurisdicción ordinaria, deberá plantearse la citada incidencia ante los órganos correspondientes creados por las distintas asociaciones sectoriales de las Entidades Miembros para resolver de común acuerdo las incidencias que puedan surgir entre sus entidades asociadas. […] En cualquier caso, el perjuicio no debe recaer sobre el usuario de servicios financieros».

Adicionalmente, cuando se gestiona el cobro de un cheque a través del SNCE, en el caso de que resulte devuelto, el propio sistema prevé diferentes causas de devolución —cheque incorriente, cuenta cancelada, cuenta bloqueada, error—. El DCE considera que la información ofrecida por las entidades a los usuarios sobre las causas efectivas de la devolución ha de ser veraz y transparente.

En caso de que confluya en una misma entidad la doble condición de gestora de cobro de un cheque, por el encargo de un cliente, y de librada del mismo cheque, por su relación de clientela con el librador, su actuación debe ajustarse fielmente a la normativa, permaneciendo en una situación de neutralidad y profesionalidad, toda vez que los clientes depositan en ella no solo la gestión de sus cobros y pagos, sino también su confianza. En este sentido, debemos recordar que la orden de pago contenida en el cheque es irrevocable hasta que expire su plazo de presentación; por lo tanto, la entidad que ha abonado un cheque en la cuenta de un cliente,

adeudándolo en la cuenta de otro que contaba con provisión, no puede detraer el importe y abonarlo de nuevo al librador alegando que este así lo ordenó —debe recordarse en este punto la diferente naturaleza del cheque, en el que la entidad es un librado, y del pagaré, en el que la entidad es una mera mandataria—.

5.9 Comisiones

Las comisiones aplicables a los cheques comparten el régimen general previsto para los servicios bancarios en la Orden EHA/2899/2011.

5.9.1 Comisión por emisión de cheques bancarios

La emisión de un cheque bancario consiste en la compra por parte de un cliente, con cargo a sus propios fondos, de un cheque en el que la entidad consta como libradora y como librada. Son cheques aceptados en el tráfico como muy seguros, por la condición de entidad de crédito del obligado al pago. La emisión de un cheque bancario es un servicio que, como tal, puede ser retribuido a través de una comisión.

Una actuación acorde con la claridad y transparencia exige que, con carácter previo al momento en que se emita el cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de si la operación lleva aparejado el cobro de comisiones y, en caso afirmativo, le indique, en términos no solo relativos (porcentaje), sino también absolutos, el importe de la comisión que se le adeudará, de modo que, en ese momento, tenga perfecto conocimiento del coste que esta operación va a suponer, pudiendo decidir si sigue adelante con la solicitud de emisión del cheque o prefiere no hacerlo, para poder contrastar su coste en otra entidad. Tras esa información, si son aceptadas las condiciones por el cliente, la orden de emisión del cheque debe contener la liquidación y aceptación del cargo en cuenta del importe de la comisión correspondiente.

Este criterio tiene actualmente rango normativo, con fundamento en la norma sexta («Informaciones exigibles») de la Circular 5/2012, que, en su apartado 1, obliga a las entidades a facilitar al cliente de forma gratuita toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación, con expresa mención a que, 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.

Esta comisión tiene una especial relevancia en el caso del empleo de cheques como medio de disposición de préstamos, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios. Para mayor información, véase el apartado correspondiente a estos préstamos.

5.9.2 Comisión por negociación y compensación, y por devolución

Cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera y le entrega cheques en gestión de cobro, el servicio o gestión que espera que sea desarrollado, por el que, en principio, está dispuesto a pagar, incluye necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos necesarios para obtener el cobro del derecho incorporado al título. Una actuación acorde con la claridad y transparencia exige que, con carácter previo al momento de la entrega del cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de si la negociación y compensación lleva aparejado el cobro de comisiones. Igualmente, se debe informar al cliente de que, si por cualquier motivo, el cheque no es atendido por la entidad librada, será «devuelto» y la devolución generará, en su caso, una nueva comisión, respecto de la que se informará en los mismos términos señalados para la operación de ingreso. Se debe hacer especial hincapié en advertir al cliente sobre la comisión de devolución cuando, estando exento de comisiones el ingreso del cheque, no lo esté su devolución. En definitiva, resulta fundamental cuando se va a utilizar el cheque como medio de pago que el cliente, con carácter previo, tenga perfecto conocimiento del coste del ingreso y, en su caso, del que pudiera devengarse por la devolución del cheque, de modo que pueda decidir si sigue adelante con la entrega o prefiere no hacerlo para poder contrastar el coste en otra entidad.

Todo ello sin perjuicio de la obligación de las entidades de incluir las comisiones por negociación y compensación de cheques y las comisiones por devolución en el documento informativo de comisiones, que aquellas deberán entregar a clientes o potenciales clientes de cuentas, remitir al Banco de España y publicar de forma destacada en sus establecimientos comerciales y en sus sitios web (según la norma 7 de la Circular 2/2019, circular cuyo anejo 1 incluye las comisiones por negociación y compensación de cheques y por devolución de cheques en la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago).

La norma sexta («Informaciones exigibles») de la Circular 5/2012, en su apartado 1, obliga a las entidades a facilitar al cliente de forma gratuita toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada, y, en su apartado 2.6, hace referencia a la información concreta que se debe facilitar, antes de la cesión, en el caso concreto de negociación de cheques.

Por lo tanto, el incumplimiento del deber de información previo al encargo de gestión de cobro del cheque en general y, más en concreto, sobre las comisiones aplicables puede constituir, eventualmente, un quebrantamiento de dicha normativa, si el cliente que encarga la gestión es persona física.

En 2021 se han resuelto numerosas reclamaciones en las que los clientes manifestaban un déficit informativo previo a la realización del ingreso de cheques,

respecto al coste aparejado a su gestión, tanto por el ingreso como, en su caso, por la devolución. Denominador común de todas era la falta de acreditación de que los clientes hubiesen sido informados con carácter previo al ingreso del cheque de la cuantía de la comisión que les iban a cargar. En algunas, el reclamante manifestaba expresamente que, de haber tenido información previa al respecto, habría buscado, bien otra entidad, bien otra forma menos gravosa de disponer de los fondos. A título de ejemplo, puede traerse a colación el expediente de reclamación R-202119772, en el que se emitió un pronunciamiento contrario a la entidad, dado que el justificante de ingreso del cheque no recogía expresamente la cuantía de la comisión a cobrar en caso de devolución. El DCE no consideró adecuada la argumentación de la entidad, que defendía la suficiencia de que en el citado documento se recogiese una remisión genérica a los folletos de tarifas a disposición de los clientes tanto en su sitio web como en las oficinas bancarias de la red.

Asimismo, como se ha adelantado en relación con la comisión por emisión de cheque, se considera que la claridad y la transparencia impuestas a las entidades exige que, con carácter previo al ingreso de un cheque, la entidad informe expresamente al cliente de si la operación lleva aparejado el cobro de comisiones y, en caso afirmativo, debería indicarle no simplemente el porcentaje aplicable, sino el importe absoluto de la comisión que se le adeudará, de modo que el cliente tenga en ese momento perfecto conocimiento del coste que la operación va a suponer.

En esta línea, cabe mencionar el expediente R-202108714, en el que la reclamante manifestaba su disconformidad con la comisión adeudada en su cuenta como consecuencia del ingreso de un cheque. En el documento suscrito por la reclamante para la entrega y negociación del cheque constaba, junto al detalle del importe del cheque, una comisión mínima de carácter porcentual. El DCE estimó que la entidad había quebrantado la normativa de transparencia, toda vez que, con carácter previo al cobro de la comisión, no se informó, especificándose, el concepto al que obedecía el porcentaje indicado; además, constando el importe del cheque, no constaba que se hubiera informado en el documento del importe total al que ascendía la comisión controvertida.

5.9.3 Comisión por devolución de cheques de cuentas canceladas

Cuando se cancela una cuenta, con carácter general, las entidades comprueban si esta tiene talonario con cheques sin utilizar, en cuyo caso solicitan al cliente que los entregue, para inutilizarlos. Sin embargo, no siempre los clientes entregan el talonario, por lo que las entidades cancelan la cuenta y, simultáneamente, anulan los cheques no utilizados, aunque no hayan sido entregados.

En los últimos años y, especialmente, tras el importante aumento de la cuantía de las comisiones, se vienen incrementando las reclamaciones por el adeudo de

comisiones por devolución de cheques correspondientes a cuentas canceladas. En muchos de estos casos, el patrón se corresponde con personas que, teniendo cuenta en varias entidades, deciden trasladar el saldo de una de ellas a otra mediante el ingreso de un cheque de la primera en la segunda, resultando este devuelto por corresponder a una cuenta cancelada, aunque el cliente mantenía en la misma entidad otra cuenta con el saldo que pretendía traspasar.

En muchos casos, este tipo de operaciones suelen hacerse presencialmente ante un gestor de la entidad donde realizan el ingreso, por lo que los reclamantes se quejan de que el gestor estaba presente cuando rellenaron el cheque y no les advirtió de ese riesgo ni del importe de la comisión que, en su caso, les adeudarían. Por ello, el DCE llama la atención a las entidades destinatarias de ingresos de cheques con esta casuística, para que, cuando se realicen estas operaciones, aunque la responsabilidad acerca del cheque utilizado para el ingreso sea del propio cliente, pongan especial cautela en advertir a este del mencionado riesgo, para evitar devoluciones de esa naturaleza.

Todo ello sin perjuicio de informar al cliente con carácter previo, al igual que en cualquier otro ingreso de efectos, del importe de la comisión que, en su caso, le adeudarán, tanto por el ingreso como por la devolución del cheque, además del resto de la información que se debe facilitar en el caso de negociación de cheques, a la que hace referencia el apartado 2.6 de la norma sexta de la Circular 5/2012.

5.9.4 Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta

Como ya se indicó anteriormente, según la propia LCCH, la única oficina obligada a hacer efectivo un cheque es la oficina librada de este.

No obstante, es posible que otra oficina distinta haga efectivo voluntariamente el importe del cheque, para lo cual deberá llevar a cabo diversas gestiones confirmatorias con la oficina librada —existencia de saldo disponible, verificación de firma, etc.— por las cuales estaría legitimada para cobrar comisión, siempre que se informe sobre ella con carácter previo, para que el cliente preste el consentimiento a su repercusión.

5.10 Fecha de valor y disponibilidad de fondos

En cuanto a la fecha de disponibilidad, debemos traer a colación lo dispuesto en los artículos 108, 134 y 135 de la LCCH. El cheque es pagadero a la vista, incluso el presentado al pago con anterioridad a su fecha de emisión. El librado que tenga

fondos a disposición del librador en el momento de la presentación de un cheque está obligado a su pago total o parcial, hasta donde alcance la provisión.

Si bien los cheques quedan fuera del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, su disposición adicional primera («Régimen aplicable a los adeudos o abonos correspondientes a operaciones distintas de las de pago») establece que lo dispuesto en ella respecto a la fecha de valor y disponibilidad de los fondos de operaciones realizadas en euros, cuando los proveedores de servicio se encuentren situados en la UE, será de aplicación en el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, si bien los plazos establecidos en ella (expuestos a continuación) solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

Así, la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario, según el artículo 58 de dicho real decreto-ley, no será posterior al día hábil en que el importe de la operación de pago se abonó en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario del cheque. La entidad bancaria en la que está abierta la cuenta del beneficiario se asegurará de que el importe del cheque esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicho importe haya sido abonado en su cuenta (la de la entidad que gestiona el cobro) si por su parte: a) no hay conversión de moneda, o b) hay conversión de moneda entre el euro y la divisa de un Estado miembro o entre las divisas de dos Estados miembros. La obligación impuesta en el presente apartado será aplicable también a los pagos efectuados en el ámbito interno de un proveedor de servicios de pago. Es decir, para establecer la fecha de valoración a efectos de intereses, lo determinante es el abono efectivo del importe en la cuenta de la entidad que gestiona el cobro.

En el otro extremo de la relación de pago, la fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante (librador del cheque) no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta, aplicando así la fecha de valoración de los adeudos recogida en el real decreto-ley de servicios de pago (art. 58.2) y no el párrafo segundo de su disposición adicional, que se refiere solo a abonos, por lo que la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta (por ejemplo, la fecha de emisión) se considera una actuación no acorde con las buenas prácticas bancarias.

5.11 Gestiones de cobro

El DCE se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, considerando que en la entrega de cheques a las entidades para su cobro hay dos alternativas posibles, a saber: tomar el cheque en gestión de cobro, o bien, además de gestionar dicho cobro, abonar su importe en la cuenta del cliente. En este segundo caso, dicho abono será

condicional, esto es, salvo buen fin, y no adquirirá firmeza hasta la verificación del pago. De este modo, el abono está sujeto a la condición del cobro efectivo del cheque, y dará lugar, en caso de producirse el impago o la devolución del efecto, a la obligación de devolver lo recibido, pudiendo resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en cuenta.

En relación con esta segunda opción, cabe decir que el Tribunal Supremo ha manifestado en diferentes sentencias su opinión de conceder a la cláusula «salvo buen fin» el efecto de que el banco recobrara la suma recibida por su cliente.

Ahora bien, la indisponibilidad del importe de los fondos abonados salvo buen fin durante un plazo predeterminado unilateralmente por las entidades contradice los principios contenidos en la normativa bancaria, que omite expresamente la fijación de plazos concretos que se deben aplicar con carácter general.

Por ello, se estima que, en aquellos casos en que, por las circunstancias concurrentes, no fuera aconsejable permitir al cliente la disponibilidad de dichos fondos, una actuación acorde a las buenas prácticas bancarias sería optar:

— bien por la gestión del cobro del cheque en cuestión —no abonando su importe hasta que efectivamente hubiese sido realizado—,

— o bien practicar el abono, pero limitando su eficacia mediante una cláusula específica que a tal efecto constara, por ejemplo, en el impreso de ingreso, y que aludiera a la indisponibilidad temporal del abono realizado hasta la fecha del cobro efectivo del cheque.

Resulta, por tanto, fundamental que exista total transparencia en los documentos bancarios destinados a justificar el ingreso de cheques, de tal forma que el cliente que entrega un cheque a su entidad para su cobro y abono en cuenta conozca por la sola y normal —no especializada— lectura de tales documentos cuál es el compromiso adquirido por la entidad y las condiciones para la disponibilidad del importe de los cheques entregados. Nos remitimos al apartado 2.6 de la norma sexta de la Circular 5/2012, sobre la información que se debe facilitar en la negociación de cheques antes de la cesión en gestión de cobro de un cheque a la entidad.

En este punto resulta relevante el expediente R-202116099, en el que se emitió un pronunciamiento contrario, por posible quebrantamiento de la normativa, dado que, si bien en el justificante correspondiente constaba tanto la referencia «salvo buen fin» como la mención a que el pago podía retrocederse en caso de que el cheque resultase finalmente impagado, en este no figuraba información sobre el plazo para el cobro efectivo y la subsiguiente firmeza del abono de su importe.

5.12 Cheque falsificado

El artículo 156 de la LCCH establece que «el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiese procedido con culpa».

De este modo, la ley establece de forma expresa a quién corresponde soportar el riesgo del pago de un cheque falso o falsificado, esto es, al librado, todo ello salvo que el librador (firmante) hubiera sido negligente en la custodia del talonario o hubiese procedido con culpa.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 79/1998, de 9 de febrero, considera que:

> «[…] es de aplicación aquí la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón cuya firma es falsa, debido a que solo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador y, por aplicación del artículo 1162 del Código Civil, el librado que paga un cheque falso incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho; como señala la Sentencia de esta Sala de 15 julio 1988 (RJ 1988/5717), "la diligencia exigible al banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos".
>
> Además, esta Sala, en Sentencia de 1 marzo de 1994 (RJ 1994/1636), ha declarado que constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y de cheques falsificados, la de proyectar esta sobre los bancos que los hubiesen satisfecho, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiese sido de buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago […]»

Recogen, asimismo, dicho planteamiento la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de octubre de 1999, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de diciembre de 2001, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de enero de 2004 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de diciembre de 2010.

En definitiva, esta responsabilidad del librado se deriva de la falsificación del documento, con independencia de que haya podido detectarse o no con mayor o

menor dificultad, ya que los medios empleados para llevar a cabo tal comprobación lo serán, en definitiva, en beneficio de la entidad de crédito, que deberá extremar su diligencia para evitar pagos indebidos que pudieran originar la responsabilidad determinada en el citado precepto.

Solo en los supuestos previstos por el mismo artículo (cuando el titular hubiera sido negligente en la custodia del documento —lo que hace posible su pérdida o hurto— o hubiese procedido con culpa) cabe exonerar a la entidad de dicha responsabilidad.

5.13 Cheques librados sobre cuentas en el extranjero

En estos casos concurren una serie de circunstancias que agravan la situación de incertidumbre de los clientes que los entregan en gestión de cobro, ya que los plazos de devolución a los que se encuentran sometidos son diferentes en los distintos países (art. 167.7 de la LCCH), dependiendo de la excepcionalidad de la causa por la que se produzca dicha devolución. Por ello, las entidades suelen establecer acuerdos con sus corresponsales en los que se detallan los plazos máximos a los que legalmente se encuentran sujetos estos instrumentos de pago, a los efectos de considerar firme su abono.

Por tanto, y dada la total transparencia que debe existir en los documentos bancarios —de tal forma que el cliente conozca por la sola y normal lectura de tales documentos cuál es el compromiso adquirido por la entidad y las condiciones para la disponibilidad del importe de los cheques entregados—, el DCE ha venido entendiendo que, en la medida de lo posible, las entidades deberían informar a sus clientes de que los fondos abonados solo adquieren firmeza a partir de determinada fecha, y, en caso de que dicha información no sea posible, por no existir tales acuerdos de corresponsalía, dejar constancia de la indeterminación de la firmeza del abono, con independencia de su disponibilidad.

En este sentido, de nuevo conviene hacer referencia al contenido de la norma sexta de la Circular 5/2012, apartado 2.6, y una actuación acorde con la claridad y la transparencia propugnadas por la norma exige que, con carácter previo al momento en que se efectúa la entrega del cheque, la entidad explique expresamente a su cliente toda la información relevante en relación con la gestión, y muy en particular sobre la indeterminación de la firmeza del abono. Para justificar esta actuación, la entidad debe conservar el documento acreditativo de esa información previa, debidamente suscrito por el cliente, para, de esa forma, tener constancia de que se le ha facilitado una información transparente y correcta sobre la gestión de cobro del cheque, el hecho de que el abono se realiza salvo buen fin, la disponibilidad de los fondos y el importe de la comisión que se ha de cobrar, en su caso.

Igualmente, y tratándose de cheques extranjeros, debemos recordar que, si están emitidos en divisas, su operativa está liberalizada en España. No obstante, las entidades de crédito, de conformidad con la norma cuarta y la norma sexta de la Circular 5/2012, deben informar a sus clientes, en el momento de recibir el encargo de gestión de cobro de un cheque extranjero, del importe de todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de las gestiones realizadas y, en particular, del tipo de cambio aplicado al abono en cuenta y del que, en el caso de devolverse el cheque, será aplicado de nuevo en el momento de producirse la devolución. En este punto cabe mencionar el expediente R-202133674, en el que se emitió un pronunciamiento contrario a la entidad, toda vez que en el documento de remesa de cheques/pagarés en divisas y euros de no residentes suscrito por las partes no se informaba de la comisión correspondiente, lo que impedía al DCE considerar que se hubiera informado adecuadamente al reclamante con anterioridad a la cesión en gestión de cobro del cheque en cuestión.

6 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 con detalle en el siguiente epígrafe. Cuando se trate de préstamos personales a personas físicas a los que no resulte de aplicación la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo, habrá de estarse principalmente a lo establecido en la Orden EHA/2899/2011, y en 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.

— Profesionales, autónomos o pymes: dentro de este apartado haremos referencia a las operaciones de financiación concedidas directamente a estos sujetos con fondos de entidades de crédito y a los préstamos financiados a través de las denominadas «líneas ICO», que también gestionan las entidades de crédito.

6.1 Préstamo para consumo

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 Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, también referida como LCCC). Nuestra norma nacional deriva, a su vez, de la transposición de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Son numerosos los pronunciamientos que ha emitido el TJUE ante las dudas interpretativas de juzgados de los Estados miembros.

Pues bien, 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:

— 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 1-11, 14, 15 y 32-36 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 la TAE sea nula, salvo en el caso de «contratos vinculados» (aquellos en los que el 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 de 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 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, según preceptúa su artículo 33 («Normativa de transparencia de los créditos al consumo»).

6.1.1 Información precontractual y prácticas previas a la contratación

En cuanto al contenido de la citada normativa, la LCCC recoge en su capítulo II la información y las 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 (art. 11), facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, incluidas las consecuencias en caso de impago.

Una herramienta de utilidad en el estudio previo a la contratación de préstamos de esta naturaleza es el simulador ofrecido en el Portal del Cliente Bancario.

En cuanto a la información precontractual, el artículo 10 de la LCCC impone al prestamista la obligación de entregar información precontractual, que deberá recogerse en un formulario estandarizado denominado «Información normalizada europea sobre el crédito al consumo» (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 el DCE es qué se considera «suficiente antelación», entendiendo que tal expresión debe interpretarse como el margen de tiempo que permite al futuro prestatario identificar las condiciones financieras esenciales de la operación y compararlas 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 y protección de la clientela. Así sucedió, por ejemplo, en los expedientes R-202119695 y R-202020885, en los que la 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 cláusula por

la que su titular declare, bien que se le ha suministrado aquella, sin que se aporte el documento en sí, bien haber quedado informado de que se encuentra accesible en el sitio web de la entidad.

Resulta ocioso añadir que las entidades de crédito han de cumplir con estas obligaciones de información precontractual también en los siguientes casos:

— Cuando 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 que no solo ha 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.

— Si la contratación se efectúa a través de los denominados «prescriptores», establecimientos comerciales donde el prestatario adquiere los artículos 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.

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

En lo que se refiere al contenido de la información precontractual, cabe señalar que el citado artículo 10 de la LCCC indica que esta información se facilitará conforme al formulario identificado como INE, cuyo contenido mínimo figura detallado en el anexo II de dicha norma.

En este contexto, el DCE ha manifestado que, aun cuando la INE viene prefijada en el anexo II de la LCCC, la entidad debe ser clara en la cumplimentación de los apartados incluidos en dicho anexo.

6.1.2 Solvencia del deudor

Además de proporcionar la ya citada información precontractual, esto es, con carácter previo a la contratación, la ley impone a las entidades la obligación de

evaluar la solvencia del deudor; en concreto, en su artículo 14, cuyo punto 1 establece lo siguiente:

> «El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.
>
> En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica.»

6.1.3 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 papel o en otro soporte duradero, y de manera exhaustiva, clara y precisa— las menciones preceptivas que deben contener: entre otras, 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, deberán contener, cuando proceda, los gastos de mantenimiento de las cuentas vinculadas al crédito, salvo que su apertura sea opcional, así como los gastos relativos a la utilización de un medio de pago asociado a ellas; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; las garantías y los seguros a los 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, 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 la 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 le confiere 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, al que aludiremos en el epígrafe «Comisiones y gastos».

Además, el DCE 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.

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 descubierto y los excedidos y descubiertos tácitos (arts. 17-20)—. También se regulan el derecho a poner fin a contratos indefinidos (art. 27) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (art. 31).

Conviene insistir en que las obligaciones relativas a la forma y al contenido de estos contratos resultan de forzoso 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 los bienes objeto de financiación al futuro prestatario—.

Por último, el DCE también ha tenido la oportunidad de analizar las formas de contratación electrónica con el concurso de una «tercera parte confiable» o «tercero

de confianza», que 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, el DCE ha declarado que no existe impedimento alguno a la suscripción de un préstamo o crédito para consumo a través de una técnica de contratación a distancia, incluidos los medios telemáticos y electrónicos, siempre que 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 destacaría la necesidad de que el contrato conste en un soporte duradero (arts. 7 y 16.1 de la LCCC) y de que contenga las condiciones financieras de la operación y otros elementos esenciales tasados (art. 16.2).

6.1.4 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)[45] 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.

45 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.»

> 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 ineficacia, total o parcial, inexistencia o nulidad de un contrato de financiación, ya sea derivada de la ineficacia del contrato de consumo del que traiga su causa, ya tenga otro fundamento, excede ampliamente el ámbito de competencia del DCE, debiendo obtenerla el interesado, si lo estima oportuno, de quienes única y exclusivamente tienen competencias para ello, esto es, de los tribunales de justicia.

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

La Orden EHA/2899/2011 —punto 3 de su art. 8 («Comunicaciones al cliente»)— y la Circular 5/2012 —punto 1, norma undécima («Comunicaciones al cliente»)— contemplan 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.). El anejo 4 de dicha circular incluye modelos normalizados de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por las entidades en las citadas comunicaciones. En los casos en que la operación dé lugar únicamente a pagos periódicos prefijados, la entrega de los sucesivos documentos de liquidación podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anejo, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

Lo expuesto es predicable respecto de cualesquiera liquidaciones de la operación de financiación, se encuentre esta en situación regular o irregular —impago—. Así, el DCE 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 sosteniendo el DCE a este respecto 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 información que precise para determinar cómo se procedió a la liquidación de dicho saldo hasta el momento de 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 UE. Se establecen así parámetros armonizados para el cálculo de la TAE, que incluyen todos los gastos (entre ellos, las primas de seguro si la obtención del crédito está condicionada a su contratación y los costes de mantenimiento de la cuenta, salvo en caso de que la apertura sea opcional).

En el expediente R-202110542, el reclamante mostró su disconformidad con el cálculo de la TAE recogida en su contrato de préstamo personal, por cuanto esta no incluía todos los costes de la operación y, en particular, la prima del seguro de vida suscrito. Por su parte, la entidad alegó que el seguro de vida conllevaba la bonificación del tipo de interés, pero que su contratación no era obligatoria, sino opcional, y, por ende, consideraba que la TAE no debía tener en cuenta el coste dicho seguro.

Atendiendo a las condiciones del contrato, cabría entender que la suscripción del seguro de vida tenía implicaciones en el tipo de interés, por lo que la TAE debía reflejar el coste del seguro, al haberse contratado de forma simultánea a la financiación. Por tanto, el DCE concluyó que la actuación de la entidad podría ser constitutiva de un quebrantamiento de la normativa de transparencia, dado que no había acreditado haber entregado a su cliente la INE con las condiciones de la operación, entre las que se incluyese el coste total del crédito, y al no haber demostrado que el seguro de vida estuviera incluido en el cálculo de la TAE fijada en el contrato.

Otro punto destacable en relación con el cálculo de intereses que ya venimos aclarando en las memorias de años anteriores 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 el DCE 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.

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 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, 364/2016, de 3 junio, y 671/2018, de 28 de noviembre, el Tribunal Supremo fijó como doctrina jurisprudencial la declaración del carácter abusivo de aquel interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en préstamos sin garantía real concertados con consumidores, al considerar que dicho incremento de dos puntos, previsto en el artículo 576 de la LEC 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, el DCE 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 en el caso de clientes consumidores.

En el expediente R-202105943, la parte reclamante denunció que el tipo de interés moratorio aplicado a su contrato de préstamo mercantil, destinado a financiar las necesidades de la campaña agroganadera, no se ajustaba al tipo que viene declarado por la jurisprudencia. Al respecto, el DCE entiende que, en el caso de consumidores, con posterioridad al 22 de abril de 2015, no constituye una buena práctica bancaria mantener la aplicación de una cláusula sobre intereses de demora que no tenga en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo n.º 265/2015, de 22 de abril. Sin embargo, a este caso no pudo hacerse extensible dicha interpretación, en cuanto que la parte reclamante suscribió el préstamo objeto de reclamación en su

condición de no consumidor y la jurisprudencia del Tribunal Supremo indicada se pronunció sobre los préstamos sin garantía real concertados con consumidores. Por tanto, no se apreció en la conducta de la entidad un comportamiento apartado de las buenas prácticas bancarias.

Comisiones y gastos

Como es sabido, junto con los intereses asociados a la financiación bancaria, las comisiones constituyen también 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 el apartado de préstamos hipotecarios 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 que 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. Esta regulación encuentra su excepción en el apartado 4 del mismo artículo, que dispone que, si el prestamista demuestra la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada que la establecida en el artículo 30.2. Ahora bien, modula que «las pérdidas consistirán en aplicar a la cantidad anticipada la diferencia entre el tipo de interés acordado inicialmente y el tipo de interés al que el prestamista pueda prestar el importe del reembolso anticipado en el mercado en el momento de dicho reembolso, teniendo asimismo en cuenta el impacto del reembolso anticipado en los gastos administrativos. A estos efectos, se considerará como tipo de mercado el euríbor al plazo más cercano a la fecha de vencimiento del préstamo».

6.1.6 Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la 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 (art. 29) son: 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.

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

6.2 Préstamos a pymes

Otra de las modalidades de financiación con garantía personal objeto de reclamación ante el DCE es la concedida 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 de 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 5/2015, 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.

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 financiadores, 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, se concretan en las siguientes acciones por parte de las entidades:

— 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 %.

— La entrega a dicha pyme de un documento denominado «Información financiera-Pyme», basado en toda la información que hubiera recabado de ella en relación con su flujo de financiación, obligación que deberá cumplir dentro de los diez días 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-202115003, una sociedad mercantil expresó su disconformidad con la denegación de la prórroga de una póliza de crédito por parte de la entidad reclamada. En este caso, la entidad no acreditó haber notificado su decisión de no renovación a la mercantil con la antelación mínima de tres meses legalmente establecida, sin que tampoco constara que le hubiese hecho entrega del documento «Información financiera-Pyme». Con todo ello, el DCE concluyó que la entidad de crédito habría podido incurrir en un quebrantamiento de los artículos 1 y 2 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

De manera similar, en el expediente R-202134977 la pyme reclamante denunció, en síntesis, que la entidad quiso cambiar las condiciones del contrato de crédito un día antes del vencimiento de la póliza —sin cumplir con el preaviso obligatorio de tres meses—. En este caso, no resultó un hecho controvertido que la entidad de crédito modificara las condiciones contractuales de la póliza inicial sin previo aviso, por lo que no se puede considerar que se tratara de una renovación de esta. En consecuencia, el DCE concluyó que la entidad de crédito habría podido incurrir en un quebrantamiento de la mencionada norma.

6.2.1 Líneas ICO. Especial referencia a las líneas ICO-COVID

Otra fuente de financiación a la que pueden acudir las empresas son los créditos ofrecidos mediante las llamadas «líneas ICO». Respecto de ellos, es criterio del DCE que las entidades bancarias deben acreditar una diligente actuación en la tramitación de los préstamos subvencionados cuya gestión les haya sido 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, que 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 las competencias del DCE, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

En el contexto de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, se publicó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que aprobó una línea de avales del Estado de hasta 100.000 millones de euros para facilitar el mantenimiento del empleo y paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria. Los acuerdos del Consejo de Ministros de 24 de marzo, de 10 de abril, de 5 de mayo, de 19 de mayo y de 16 de junio establecieron la activación de los tramos de la línea.

Posteriormente, en virtud del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, se aprobó una línea de avales por 40.000 millones de euros, con la finalidad de avalar la financiación concedida a empresas y autónomos para atender principalmente sus necesidades financieras derivadas de la realización de nuevas inversiones. Los acuerdos del Consejo de Ministros de 28 de julio, de 24 de noviembre y de 22 diciembre de 2020 y de 28 de mayo de 2021 establecieron la activación de seis tramos de la línea, algunos de los cuales serían gestionados por el ICO.

En origen, la posibilidad de otorgar avales con cargo a tales líneas tenía como límite temporal el 30 de septiembre de 2020. Como consecuencia de la extensión en el tiempo del impacto económico derivado de la crisis sanitaria, se prorrogó tal posibilidad en dos ocasiones: el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (RDL 34/2020), lo hizo hasta el 30 de junio de 2021; y el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (RDL 5/2021), hizo lo propio hasta el 31 de diciembre de 2021.

Con la aprobación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2021, se amplió el plazo de solicitud de los avales hasta el 1 de junio de 2022.

Conviene señalar que, mediante el RDL 5/2021, se aprobó un paquete de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial y alivio de la carga financiera de empresas viables que atravesasen un desequilibrio patrimonial temporal como consecuencia de la caída significativa de sus ingresos derivada de la pandemia de COVID-19. Entre ellas se contemplaban tres tipos de medidas dirigidas a la flexibilización de los préstamos que contasen con aval del Estado, para la renegociación de deuda financiera de empresas y autónomos con las entidades financieras adheridas al Código de Buenas Prácticas, regulado mediante los acuerdos del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, de 30 de noviembre de 2021 y de 29 de marzo de 2022.

Se contempla así la aplicación de varias medidas, utilizadas una vez o en forma sucesiva, como la extensión del vencimiento de avales o la conversión de los préstamos avalados en préstamos convertibles y la reducción del nominal pendiente de las operaciones de financiación con aval público. De estas medidas, únicamente la primera —extensión del vencimiento— es obligatoria para las entidades, siendo las restantes potestativas. Para beneficiarse de ellas, se deberán cumplir unos requisitos de elegibilidad general, además de los específicos para cada medida.

En este contexto, durante el año 2021 se han analizado principalmente reclamaciones relacionadas con la tramitación de solicitudes de acceso a la financiación ICO y con la denegación de la extensión del plazo de los avales.

En este sentido, se han analizado varios expedientes en los que la entidad, con la finalidad de facilitar el acceso a la financiación avalada a su cliente, ponía a su disposición el importe concedido con fondos propios de la entidad hasta que se recibiese la conformidad del ICO a la operación propuesta, informando de que las condiciones de la operación se mantendrían, no obstante, inalteradas. A estos efectos, se suscribía un documento, en virtud del cual la parte reclamante manifestaba su conformidad a tal solución provisional. Posteriormente, no obstante, cuando el cliente solicitaba ampararse en las medidas de extensión aprobadas, la entidad denegaba tal solicitud, con fundamento en que este no era titular de un préstamo con aval público. En estos casos —a título de ejemplo, R-202120562, R-202117382 y R-202123009—, el DCE ha considerado que la entidad no había actuado conforme a las buenas prácticas, al estimar que esta forma de proceder no resultaba conforme con las obligaciones de información que, respecto de sus clientes, deben regir la actuación de las entidades financieras.

Igualmente, en lo que se refiere a la tramitación de las solicitudes de préstamos avalados presentadas por los clientes, el DCE, al estudiar las controversias planteadas, ha analizado si las entidades han seguido las buenas prácticas en lo relativo, especialmente, a la prohibición de vincular el acceso a la financiación avalada a la contratación de otros productos, al respeto de los límites previstos en cuanto al destino de la financiación avalada y al análisis adecuado de las condiciones para denegar la extensión de vencimiento y carencia de los avales concedidos.

Sirva a título de ejemplo la R-202135017, en la que se emitió un pronunciamiento contrario a la entidad, al considerar que esta habría vinculado el acceso al préstamo avalado a la contratación de un seguro, e incumplido los límites relativos al destino de la financiación. Asimismo, se estimó que no había sido transparente con su cliente, al no constar que le hubiera informado convenientemente de las circunstancias que impedían la concesión de la solicitada ampliación del plazo de vencimiento y carencia del préstamo ICO.

Relacionado con lo anterior, en cuanto a la extensión del plazo del aval, se han analizado varias reclamaciones relacionadas con la imposición, por parte de la entidad, de una comisión de remuneración del aval. En estos casos, este Departamento ha analizado la normativa vigente con la finalidad de valorar si la entidad había aplicado adecuadamente las previsiones contenidas en los correspondientes acuerdos de Consejo de Ministros en los que se recogen, a este respecto, las condiciones de remuneración de los avales. Cabe señalar que el DCE verifica, en estos casos, que las previsiones aplicadas por la entidad eran las vigentes en el momento de concesión de la extensión del aval, valorando la suficiencia de la información proporcionada al respecto.

A título de ejemplo, la R-202128172, en la que se estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas, al no acreditar la situación en la que quedaba enmarcada la extensión de la financiación avalada de titularidad del reclamante y, en consecuencia, las condiciones que regían respecto del coste del aval, toda vez que de la normativa vigente podía desprenderse que el coste de la extensión del aval debía ser igual a aquel pactado en el momento de su formalización inicial, sin que en la operación original se hubiera pactado una comisión de remuneración.

7 Préstamos hipotecarios

7.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, Ley 5/2019 o LCCI, cuyas principales novedades se resumen en el recuadro 2.6), introdujo un importante principio de actuación en la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios, regulando la obligación por parte de prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados de actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, en la concesión de préstamos y en la prestación de servicios de intermediación y asesoramiento sobre el préstamo o, en su caso, de servicios accesorios como en la ejecución de los contratos de préstamo.

Las entidades, en materia de asunción de riesgos crediticios, son libres para aprobar o desestimar las operaciones o novaciones de las condiciones que les planteen sus

Recuadro 2.6

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

1 Introducción

El 16 de marzo de 2019 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 por la que 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 modifican 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).

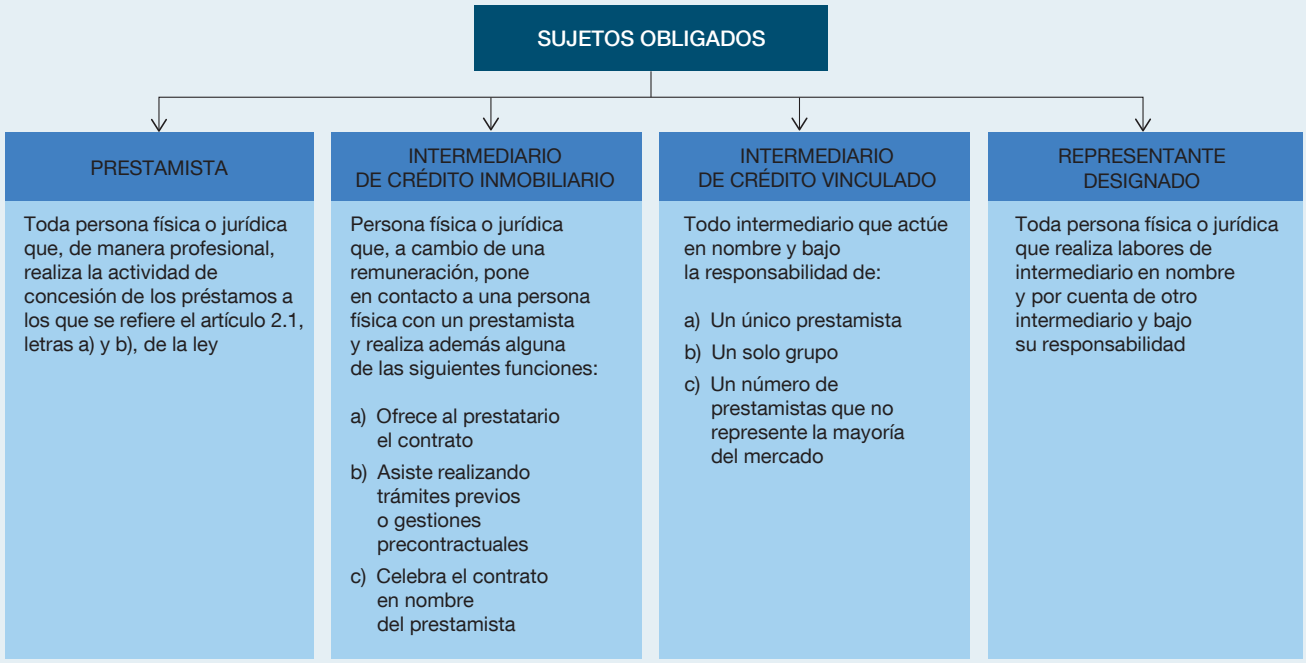
Este paquete normativo, además de transponer la directiva, regula aspectos que no están específicamente previstos en la normativa europea o van más allá de su contenido, cuya finalidad es incrementar el grado de protección de los prestatarios y reforzar las garantías durante el proceso de contratación.

La ley entró en vigor el 16 de junio de 2019 y no resulta aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a esta fecha, 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, que podrán ser personas físicas o jurídicas, y otorga la competencia para el registro, supervisión y sanción de aquellos que vayan a operar con prestatarios domiciliados en el ámbito de una única comunidad autónoma al órgano competente de esta, y atribuye al Banco de España la

Esquema 1
SUJETOS OBLIGADOS (NUEVA LEY 5/2019)



FUENTE: Banco de España.

competencia sobre aquellos que vayan a operar con prestatarios domiciliados en todo el Estado o en más de una comunidad autónoma.

La ley, como ya hiciera la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, ha extendido su ámbito de aplicación a todas las personas físicas, yendo más allá de lo que establece la directiva, que solo otorga protección a personas físicas consumidoras.

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

a) 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, como trasteros o garajes, que, sin constituir vivienda, cumplen una función doméstica.

b) Cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, fiador o garante sea consumidor.

3 Normas de conducta y transparencia

El capítulo II de la ley establece normas de transparencia y de conducta, orientadas a la concesión responsable de financiación que afecte a inmuebles, y 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 e intermediarios— se comportarán de forma profesional y responsable.

Ese actuar de forma profesional y responsable se traduce en un principio general que ha de presidir la actuación de prestamistas y de intermediarios, y también en novedosas normas de conducta y de transparencia, algunas de las cuales ya habían sido trasladadas a nuestro ordenamiento jurídico —a través de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre— y ahora este texto las dota de rango legal. Desde el punto de vista de la transparencia, quizá los

Esquema 2
NORMAS DE CONDUCTA Y TRANSPARENCIA

NORMAS DE CONDUCTA Y TRANSPARENCIA

PRINCIPIO GENERAL DE ACTUACIÓN

Los prestamistas, los intermediarios de crédito inmobiliario y los representantes designados actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de préstamos y la prestación de servicios de intermediación y de asesoramiento sobre el préstamo o, en su caso, de servicios accesorios como en la ejecución de los contratos de préstamo

NORMAS DE CONDUCTA

- Obligación de evaluar la solvencia y de tasar los inmuebles
- Requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal
- Política de remuneraciones
- Prácticas de ventas vinculadas y combinadas
- Actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios
- Préstamos en moneda extranjera
- Variaciones en el tipo de interés
- Educación financiera

NORMAS DE TRANSPARENCIA

- Información básica que debe figurar en la publicidad
- Ejemplo representativo
- Obligación de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales que tengan tal condición
- Cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)
- Información general de los préstamos inmobiliarios (FIPRE)
- Información precontractual de los préstamos inmobiliarios (FEIN)
- Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios
- Comprobación del cumplimiento de transparencia material

FUENTE: Banco de España.

artículos 14 y 15 de la ley sean los más novedosos. Nuestro legislador ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la directiva, para garantizar que el prestatario dispone dede la información necesaria para comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar.

3.1 Normas de transparencia

Publicidad: se regula la información básica que figurará en toda publicidad 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: información general, clara y comprensible que, de forma gratuita, debe facilitarse a los potenciales clientes sobre los contratos de préstamo. Tendrá carácter orientativo y se facilitará mediante la ficha de información precontractual (FIPRE) regulada en la Orden EHA/2899/2011.

TAE: la forma de cálculo de la tasa anual equivalente se regula íntegramente en la ley.

Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios: el artículo 14, con el objetivo de reforzar el equilibrio entre las partes, regula la información que, como mínimo diez días antes de la firma del préstamo, es necesario entregar al prestatario, con el fin de que pueda conocer, con suficiente antelación, las condiciones que se aplicarán a su contrato de préstamo.

Este mismo artículo regula el reparto de gastos 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 sobre 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 (de prestamista y de intermediario) de proporcionar al prestatario toda la información y explicaciones necesarias y adecuadas en relación con el préstamo, se le advertirá de su obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario.

Comprobación del principio de transparencia material: en su artículo 15, la ley atribuye al notario las funciones de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que los plazos y 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 constituye prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos la documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también un deber, de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

3.2 Normas de conducta

Requisitos de conocimientos y competencia aplicables al personal: el personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado, así como aquellas personas que realicen la actividad de asesoramiento, deberán contar, en todo momento, con los conocimientos y competencias necesarios y actualizados sobre los productos que comercializan y los servicios accesorios. Los requisitos mínimos de conocimientos y competencia han sido desarrollados por la Orden ECE/482/2019, que ha incorporado una nueva sección sobre esta materia a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

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

Recuadro 2.6
REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (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, DIEZ DÍAS NATURALES ANTES) 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,** 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.

contratación excesiva, en detrimento de una adecuada valoración del riesgo y de la necesaria información al prestatario.

La política remunerativa será responsabilidad última del órgano de administración del prestamista, que debe contar 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, fiador o garante, verificando su capacidad 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, se 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 a los prestatarios, teniendo debidamente

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

COMPROBACIÓN	Verificar, antes de celebrar el contrato, la capacidad del potencial prestatario, fiador o garante para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo. El prestamista deberá revaluar la solvencia antes de cualquier aumento significativo del importe del préstamo ya concedido
ANÁLISIS	Deberá analizar, entre otros, la situación de empleo, los ingresos presentes y previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos asumidos
GARANTÍA REAL	La valoración de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de la garantía aumentará, salvo que la finalidad del contrato sea la construcción o la renovación de inmuebles de uso residencial
RESULTADO	Si la valoración indica que es probable que se cumplan las obligaciones establecidas en el contrato, el prestamista podrá otorgar el préstamo. Si el prestamista realizó una valoración incorrecta, no podrá rescindir o modificar el contrato, salvo que se demuestre que el prestatario ocultó o falsificó información
PROCESOS	Los prestamistas deberán contar con procedimientos internos (y revisarlos periódicamente) específicamente desarrollados para llevar a cabo la valoración de la solvencia. El coste de estos procedimientos no podrá repercutirse al prestatario

FUENTE: Banco de España.

en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos 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, que 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 del Estado miembro de residencia del prestatario en el momento de celebrar el contrato o cuando solicite la conversión.

Se establecen, 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, 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 todo o parte del préstamo sin tener que pagar comisiones o compensaciones. Únicamente, cuando así se hubiera pactado en el contrato, se podrá establecer una comisión para que el prestamista se resarza del 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 diez primeros años y 1,5 % a partir del décimo año.

Se favorece el cambio de tipo de interés variable a tipo fijo mediante subrogación o novación modificativa del préstamo. La comisión por reembolso o amortización anticipada no puede superar el importe de la pérdida financiera con el límite del 0,15 % durante los tres primeros años.

Vencimiento anticipado: con el objetivo de que el vencimiento anticipado solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo, la ley exige, para poder dar por vencido anticipadamente un contrato de préstamo que concurran conjuntamente los siguientes requisitos:

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

PRÁCTICAS DE VENTAS VINCULADAS

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

En términos generales, estás prácticas están **prohibidas**

EXCEPCIONES

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

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

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 EHA/2899/2011

PRÁCTICAS DE VENTAS COMBINADAS

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

Estas ventas están permitidas

VENTAS VINCULADAS AUTORIZADAS POR AUTORIDAD COMPETENTE Y VENTAS COMBINADAS: REQUISITOS DE INFORMACIÓN

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 poductos de inversión, que supone su contratación

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 conjunto del préstamo y el resto de los productos vinculados

En las prácticas combinadas, informará además sobre:

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 de 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.

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:

   — 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, o

   — 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 a personas físicas garantizados mediante hipoteca sobre inmuebles de uso residencial, se fija en el interés remuneratorio más tres puntos sobre el principal pendiente de pago. No podrá ser capitalizado.

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 los cuales las entidades diseñan sus políticas crediticias, políticas que —no se puede olvidar— son dinámicas y cambiantes en el tiempo, al igual que la propia economía sectorial, nacional o supranacional, por las que se verán condicionadas[46].

El DCE entiende que, una vez que una entidad acepta las limitaciones (capacidad de pago, garantía de la operación, liquidez, solvencia, etc.) 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 riesgos, detecta incumplimientos o condicionantes distintos, no conocidos inicialmente por la entidad.

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, comunicando en su caso, sin demora, la denegación de la solicitud formulada, al objeto de que se pueda recurrir a otra entidad alternativa en busca de la financiación interesada. Además, no se considera acorde con las buenas prácticas y usos financieros la generación de falsas expectativas sobre la concesión de operaciones crediticias que puedan llevar a los clientes a la asunción de compromisos con base en aquellas.

En todo caso, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, entidades y prestamistas en general tienen la obligación de comunicar por escrito y sin demora al cliente solicitante y, en su caso, al fiador o avalista la denegación de la operación de financiación de forma motivada, indicando, si procede, que la decisión se ha basado en un tratamiento automático de datos. En este caso, deberán entregar una copia del resultado, así como de los pormenores de la base de datos consultada, e informar al potencial prestatario del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en aquella.

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

---

46 Al respecto, deben referirse las reglas sobre evaluación de solvencia contenidas en los artículos 5, 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario *(BOE* de 16); 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 (EBA, por sus siglas en inglés) 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, si bien estas directrices quedaron sin efecto el 30 de junio de 2021, siendo en tal fecha sustituidas por las nuevas directrices de la EBA sobre concesión y seguimiento de préstamos (EBA/GL/2020/06), publicadas el 29 de mayo de 2020 y que fueron adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España el 23 de julio de 2020.

a) denegación de la operación tras haber generado en el solicitante la expectativa de que aquella sería aprobada;

b) demora en el plazo de la sanción, lo que genera un 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

c) pérdida de las arras, por haber excedido el plazo concedido para formalizar la adquisición del bien.

En los casos contenidos en el apartado a), en muchas ocasiones la parte reclamante invoca incumplimiento de promesas y acuerdos verbales alcanzados con los directivos de las correspondientes oficinas. Ha de señalarse que el DCE emite su pronunciamiento sobre los hechos que constan documentalmente acreditados en el expediente, no pudiendo pronunciarse sobre promesas o acuerdos verbales invocados por los clientes y rechazados por las entidades, ya que dicha valoración corresponde a los tribunales de justicia, haciendo uso, con tal fin, de todas las pruebas admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Si, por el contrario, el reclamante acredita documentalmente (mediante correos electrónicos y/o cualesquiera otros documentos) que se generaron expectativas que luego resultaron frustradas, el DCE considera la actuación de la entidad reclamada como contraria a las buenas prácticas y usos financieros, sin que esto suponga 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)—, debe tenerse en cuenta que no hay un plazo prefijado para ello, por lo que se deberá valorar la razonabilidad del plazo 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 del 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 sanción de la operación propuesta, sin perjuicio de recordar en los informes emitidos que el DCE no ostenta competencias para la valoración del eventual detrimento 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 (LES), en su artículo 29, en virtud del cual las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario sobre la base de una información suficiente.

Este concepto fue desarrollado posteriormente tanto en la Orden EHA/2899/2011 como en la Circular 5/2012, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Con la Ley 5/2019 se han elevado de rango muchos de estos principios: sus artículos 11 y 12 exigen que los prestamistas evalúen en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo, con el fin de verificar su capacidad para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo.

En relación con la creación de falsas expectativas al cliente, en el expediente R-202117833 el reclamante denunciaba la falta de diligencia de la entidad en la tramitación de su solicitud de préstamo hipotecario, ya que le ofreció una serie de condiciones, pero pasados unos días (en el momento de la firma de la documentación precontractual) advirtió un cambio en las condiciones de financiación, con un incremento del tipo de interés de un 0,25 % respecto del inicialmente ofrecido. Ante esta situación, interpuso reclamación, limitándose la entidad a reiterar el tipo final ofrecido y afirmar que no podía ofrecer el tipo de la propuesta inicial.

La entidad alegó que el hecho de que al final las condiciones que resultaron no se correspondieran con las de simulaciones iniciales entraba en su ámbito discrecional de la política de concesión de riesgos.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no actuó con la diligencia y transparencia debidas ante la solicitud de financiación de su cliente, ya que no acreditó que, con anterioridad a confirmar al cliente la aprobación de la operación y a remitirle la documentación precontractual, le comunicara la imposibilidad de cumplir con las condiciones de las simulaciones previas, y tampoco quedó acreditado que explicara detalladamente al cliente el motivo del cambio de condiciones operado.

En el expediente R-202100147, el reclamante denunciaba que, con el fin de formalizar una operación hipotecaria, solicitó información a la entidad acerca de las condiciones financieras ofrecidas, remitiéndole simulaciones en las que se informaba de un tipo de interés fijo del 1 % si contrataba un seguro de vida y otro de hogar, percatándose, tras solicitar información a otras entidades, de que a estas les resultaba un importe de cuota mensual inferior, a pesar de que en ellas los tipos de interés ofertados eran superiores al 1 %, por lo que solicitó la entrega de un documento que recogiese detalladamente los cálculos de las simulaciones entregadas, sin que dicha información le fuese entregada.

La entidad alegó que el reclamante solicitó información acerca de la cuota que tendría que asumir en distintos escenarios y el gestor le facilitó las simulaciones conforme a los datos facilitados por el cliente, recalcando que la simulación

contemplaba el resultado de un préstamo con dos importes distintos, sumando a dichos importes el de la prima financiada de los seguros de hogar y seguro de vida de los cinco primeros años, en distintos escenarios de plazo de amortización y tipo de interés variable o fijo. Por ello, el capital del préstamo se incrementaba en el importe de la prima de cinco años, y fue la información facilitada desde la oficina el resultado de la simulación sobre un capital resultante mayor.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias por la falta de transparencia informativa en las simulaciones, en las que sumaba a los principales de las operaciones el importe de las primas financiadas de los seguros de los cinco próximos años, sin recoger la cuantía añadida, sin desglosar el importe de dichas primas año por año y sin facilitar tampoco la TAE resultante, incluyendo el importe de las primas para toda la vida de la operación en cada supuesto, lo que impedía al cliente compararlas con las simulaciones efectuadas por otras entidades en las que el principal sí estaba determinado, lo que le indujo a confusión, al pensar que las cuotas mensuales de las simulaciones controvertidas estaban mal calculadas, ya que, con los mismos nominales y aun con tipos superiores, las cuotas mensuales ofrecidas por las otras entidades eran inferiores.

7.2 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 la obligación de facilitar a sus clientes una información financiera completa y comprensible de los productos que desean contratar.

Es opinión reiterada de este Departamento 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 sus posiciones, sino también su desglose, con el suficiente detalle como para saber cómo se llega a las distintas partidas que las componen.

Este Departamento considera que los clientes no pierden esta condición, con independencia del estado o situación de sus préstamos, por lo que, aun cuando se encuentren en situación de mora, 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 comunicarlas y de requerir el pago a sus titulares, para evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe el conocimiento de las deudas, máxime cuando tengan la intención de presentar demanda judicial para solicitar el recobro de 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 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 con la entidad, además de justificar debidamente todas las partidas recogidas en el certificado.

Por último, el DCE entiende que las entidades están obligadas a facilitar a los interesados una información completa, veraz y actualizada de los productos que comercialicen, debiendo mantener un adecuado control interno y coordinación entre todas sus oficinas, y están 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, especialmente en el caso de los préstamos hipotecarios, puede llegar a ser muy largo. Y, además, para que puedan seguir comparando otras ofertas del mercado, por si pudiera interesarles cancelar la operación en vigor y concertar otra nueva más ventajosa con otra entidad.

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

En el expediente R-202102945, el reclamante denunciaba que, como heredero de su tía que tenía contratada una hipoteca inversa sobre vivienda, había solicitado al gestor de la entidad que le proporcionara información sobre las posiciones de su familiar, ya que sobre la hipoteca inversa lo único que conocía era la cantidad adeudada a fecha de fallecimiento pero no sus condiciones, comunicándole el gestor que para acceder a dicha información no bastaba ser heredero, sino que era necesario que previamente aceptara la herencia. Solicitaba la escritura de hipoteca inversa y que la entidad le informara sobre un seguro de vida de su tía.

La entidad alegó que no existía ninguna obligación por su parte de entregar la información solicitada, y que para acceder a información —que excediera de los certificados de saldo a fecha de defunción, los extractos de movimientos del año

inmediatamente anterior a dicha fecha y los extractos posteriores al fallecimiento— o a documentación adicional, como la escritura de la hipoteca, el solicitante debería acreditar la aceptación de la herencia y subrogación en la posición del causante, aplicándose la normativa notarial, que legitima a quienes acrediten interés legítimo en el documento.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al denegar al heredero la copia o las condiciones financieras del contrato de hipoteca inversa, ya que, sin el conocimiento de dichas condiciones, no podría tener elementos de juicio suficientes para esa aceptación, que implicaría subrogarse en dichas condiciones financieras. Y que, respecto a la solicitud de información sobre el seguro de vida suscrito, no cabía pronunciamiento del Departamento, ya que la competencia correspondía a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) o, en su caso, a los tribunales de justicia.

En el expediente R-202107713, la reclamante denunciaba que había solicitado en su oficina un certificado de deuda a su nombre y que se le denegó con la excusa de que ya no era clienta y no tenía ninguna deuda con aquella. La entidad alegó que concurría causa de inadmisión, por encontrarse la reclamación pendiente de litigio, ya que contra la cliente se seguía procedimiento de ejecución hipotecaria en reclamación de la deuda impagada de un préstamo hipotecario, y que, para cualquier información relativa a la deuda, la reclamante debía acudir a la instancia judicial. El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al faltar a la transparencia informativa debida a su cliente y exponerle a una situación de indefensión, dado que no aclaró si en la actualidad se seguían otras actuaciones judiciales contra el deudor, ni facilitó la deuda total pendiente a fecha de la adjudicación, ni las eventuales liquidaciones posteriores, ni la deuda actual.

En el expediente R-202114130, la parte reclamante denunciaba que, tras dictarse sentencia en virtud de la cual estaba obligada al pago de dos préstamos hipotecarios, había solicitado a la entidad un cuadro de amortización de ambas hipotecas, así como el número de cuenta donde realizar el ingreso y cualquier otro documento relativo a aquellas, con el fin de poder cumplir con la sentencia, sin que la entidad le hubiera facilitado la documentación requerida. Solicitaba certificado de las cantidades pendientes de pago, copia del contrato del negocio jurídico subyacente y un cuadro de amortización, para tener constancia de las cantidades abonadas hasta la fecha y las pendientes. La entidad alegó que no podían admitir a trámite la reclamación, dado que la reclamante no constaba como interviniente en ningún préstamo vigente en esa entidad y que las cuestiones traían causa de un procedimiento judicial, y para cualquier aclaración la reclamante debía dirigirse al letrado que le ha representado en el procedimiento judicial, a fin de que realizase las actuaciones oportunas a través del juzgado. El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no mostró voluntad inequívoca de atender la pretensión o, al menos, de buscar una alternativa favorable a los

intereses de la parte reclamante, a pesar de ser la nueva propietaria de la finca hipotecada, al haber firmado escritura de compraventa con subrogación y ostentar por ello un interés legítimo para conocer los débitos pendientes de los préstamos garantizados por dicha finca, aunque la entidad no hubiera autorizado ni intervenido en la subrogación.

En el expediente R-202118297, el reclamante denunciaba que había visto incrementada la cuota como consecuencia de una errónea modificación al alza del tipo de interés. Añadía que, tras su queja, la entidad le devolvió las cuotas incorrectas y cargó nuevas por una cantidad ligeramente mayor que la que correspondía, no habiendo incumplido él ninguno de los requisitos de vinculación, por lo que solicitaba el restablecimiento de las cuotas. La entidad alegó que el incremento del tipo de interés se debió a una incidencia en la última revisión, porque no se tuvo en cuenta el cumplimiento de una de las vinculaciones —referida al plan de pensiones— y el tipo se incrementó en el importe de la bonificación no aplicada, motivo este por el que se reliquidaron las cuotas, y explicó al reclamante el motivo por el que la cuota, en el momento que sufre una variación en el tipo de interés pese a que se restaure, no iba a poder ser por el mismo importe. Y como consecuencia del sistema de amortización francés, al haber aumentado el tipo en la última revisión, la cuota varía, de modo que ascienden los intereses y disminuye el capital a amortizar, y se realizó un reajuste de la cuota, pero, pese a la subsanación del tipo y la reliquidación de las cuotas, la cuota varió ligeramente al alza, para compensar las cuotas anteriores. El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto la reliquidación llevada a cabo no se ajustó a los criterios de este Departamento sobre reliquidaciones de préstamos hipotecarios, ya que únicamente devolvió al cliente los intereses cobrados de más en los dos vencimientos cuestionados, pero no ajustó el capital pendiente por la diferencia de capital amortizado de menos en esos meses.

7.3 Información previa a la contratación

De conformidad con la Orden de 5 de mayo de 1994, actualmente derogada, las entidades de crédito estaban obligadas a informar, a quien solicitara un préstamo hipotecario y reuniera los requisitos de la orden —hipoteca sobre vivienda, que el prestatario fuera persona física y que el importe del préstamo fuera igual o inferior a 150.253,03 euros o su equivalente en divisas—, sobre las condiciones financieras del préstamo hipotecario.

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c[47] de la LES, se aprobó la Orden EHA/2899/2011, que derogó la Orden de 5 de mayo de 1994, que

47 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.

obligaba a facilitar la información regulada en sus artículos 21 [Ficha de información Previa (FIPRE)] y 22 [Ficha de información personalizada (FIPER)]. Del mismo modo, la orden actualmente vigente regulaba en su artículo 23 la oferta vinculante, que con la de la FIPER, podía facilitarse en un único documento.

En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994 ni la Orden EHA/2899/2011 establecían un plazo mínimo para que la futura parte prestataria conociera con carácter previo las condiciones financieras de la operación.

No obstante, el 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, permitía deducir que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER debían conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación.

La Ley 5/2019 y su normativa de desarrollo —la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril (en adelante, la Orden ECE/482/2019), y el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019 (en adelante, el Real Decreto 309/2019), han modificado la regulación de la información precontractual referida a los contratos de préstamo que caen dentro del ámbito de aplicación de la citada ley, esto es, aquellos en los que el prestatario y el fiador o garante sean personas físicas y dicho contrato tenga por objeto:

— La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.

— 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 y el fiador o el garante sean consumidores.

Se mantiene la obligación de entrega de la FIPRE, con determinadas modificaciones, y desaparece la FIPER, que será sustituida por la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante.

La citada FEIN será entregada al cliente, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, junto con la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que se informará sobre cláusulas o elementos relevantes, como índices oficiales de referencia utilizados, límites mínimos en el tipo de interés, posibilidad de vencimiento anticipado por impago y sus gastos, la distribución de los gastos de formalización o que se trate de un préstamo en moneda extranjera.

La entrega obligatoria de la FEIN y de la FiAE debe ir acompañada, además, de la entrega de un documento separado referido a las cuotas que se han de satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés si este es variable; de una copia del proyecto del contrato; de información sobre el reparto de gastos entre prestamista y prestatario; en su caso, de las condiciones del seguro de amortización y del seguro de daños, y, por último, para el supuesto de formalización en escritura pública, de la advertencia de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija para la autorización de la escritura sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la mencionada documentación.

Esta documentación deberá remitirse también, por medios telemáticos seguros, al notario elegido, junto con la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare haber recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, permitiendo al notario una comprobación fehaciente de la fecha en la que se pusieron a su disposición los citados documentos firmados por el cliente, sin costes directos o indirectos para aquel, y permitiendo al cliente que se dirija al notario elegido a fin de que extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección de notario.

No obstante, el prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria y, en particular, responderá a sus consultas sobre el contenido, el significado y la trascendencia práctica de los documentos entregados, que contengan las explicaciones, ejemplos prácticos de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial las relativas a los tipos de interés y a los instrumentos de cobertura de riesgos que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.

Con respecto a la normativa anterior a la Ley 5/2019, el DCE 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 respecto a la fecha de la firma de la escritura pública de formalización del préstamo, para los préstamos formalizados antes del 16 de junio de 2019.

Para los préstamos formalizados de conformidad con la Ley 5/2019, los prestamistas deberán acreditar la entrega de la FEIN, de la FiAE y de la documentación precontractual adicional obligatoria, con una antelación de, al menos, diez días naturales respecto a la fecha de la formalización del préstamo.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el DCE considera contrario a las buenas prácticas bancarias o a la normativa de aplicación, según el caso:

a) Que las entidades no puedan acreditar el cumplimiento adecuado del deber de información previa por alguno de los siguientes motivos: i) no

constar en soporte duradero; ii) no incluir la totalidad de las menciones preceptivas conforme a la normativa aplicable; iii) no haber quedado constancia de su recepción por el cliente, y iv) no habérsela facilitado con antelación suficiente respecto a la fecha de firma de la escritura.

b) La falta de claridad del documento o documentos a través de los cuales se ha facilitado la indicada información precontractual.

c) El cambio, en perjuicio del cliente, de las condiciones ofertadas durante la vigencia comprometida de estas en la oferta vinculante o en la FEIN.

d) Que se 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 son aplicables en cualquier momento de la relación contractual en el que se modifiquen las condiciones pactadas, como, por ejemplo, en casos en los que se suscriban escrituras de novación.

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 modelo de FIPER —parte A del anexo II—, sino también las instrucciones para la cumplimentación de dicho modelo —parte B—.

Para préstamos formalizados a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 y de su normativa de desarrollo, la FEIN debe incluir no solo el contenido de la parte A del anexo I de la ley, sino también su parte B, referida a las instrucciones para cumplimentar la FEIN.

Información sobre comisión por emisión de cheques bancarios

Procede en este punto señalar que los cheques bancarios, como medio de disposición de préstamos concedidos —de manera especial en préstamos hipotecarios, total o parcialmente, sin subrogación de deudor—, constituyen un instrumento de pago práctico y seguro. No obstante, en los últimos años se viene produciendo un aumento de las reclamaciones sobre este producto, ante el incremento de los importes de las comisiones aplicadas en su emisión y la falta de la claridad y transparencia exigibles en su operativa, por cuanto con frecuencia, tras muchos días o semanas de estudio del préstamo solicitado y una vez aprobado, se informa del coste de emisión de los cheques en el momento de la firma de la operación —sin margen, *de facto,* para contrastar la comisión en otras entidades, por estar su devengo vinculado a la cuenta y esta a la entidad prestamista—.

Dicho lo anterior, conviene aclarar que, con carácter general, la mayoría de los préstamos hipotecarios concedidos a la clientela lo son para aplicarlos a una determinada finalidad que es conocida por las entidades desde el momento de la solicitud y que igualmente es posible que el cliente haya explicado cómo se realizarán los pagos a los terceros vendedores, cuando llegue el momento para ello, en función de las exigencias concretas de dichos terceros. Como ejemplo, por ser los más comunes, en los préstamos hipotecarios para la financiación de viviendas, la cuantía del préstamo se destinará al pago parcial (excepcionalmente total) de una vivienda, habitualmente mediante la entrega de cheques bancarios nominativos a los vendedores. Como, normalmente, el importe que se debe satisfacer a los vendedores será superior al del préstamo concedido, dependiendo del porcentaje que este represente sobre el precio total de la vivienda que se quiere adquirir, la diferencia corresponderá a recursos propios del cliente, que, en la fecha de emisión de los instrumentos de pago, este ya habrá situado en la correspondiente cuenta en la entidad.

Desde el punto de vista operativo, cuando llega el día de la firma de la operación ante notario, normalmente antes de acudir a la notaría la entidad habrá abonado el préstamo en la cuenta de pago del cliente y, simultáneamente, habrá emitido los cheques y habrá realizado también su cargo en cuenta. Estos cheques, por el importe total de la transacción —y no solo del préstamo, si este es menor—, se habrían previsto emitir para entregar a los vendedores de la vivienda que, mediante la formalización del préstamo hipotecario, constituirá la garantía de la operación.

Así las cosas, el DCE entiende que, con ocasión de la entrega de la información precontractual para préstamos hipotecarios, de los que, una vez concedidos, se vaya previsiblemente a disponer total o parcialmente mediante cheques bancarios, las entidades deben informar a sus clientes de las comisiones y gastos aplicables por la emisión de esos instrumentos de pago, junto con las primeras condiciones económicas de las que se informe.

Por ello, junto con la información precontractual del producto principal (por ejemplo, la FEIN en el caso de préstamos hipotecarios sujetos a la LCCI) deberá añadirse, desde el primer momento, información sobre el coste de emisión de los cheques bancarios que, en su caso, sea necesario emitir para disponer del importe desembolsado o del crédito disponible más, en su caso, los fondos complementarios hasta el total de la transacción prevista —salvo que la entidad ofrezca un medio alternativo gratuito y de igual o mayor seguridad y eficacia que los cheques bancarios para movilizar la totalidad de los fondos—.

Además, en la medida en que desde el momento de la solicitud de la operación pueden conocerse los importes finales de los cheques que se han de emitir —sin perjuicio de que pueda haber alguna modificación posterior—, la información que se debe ofrecer se formulará tanto en términos relativos (porcentaje) como absolutos (importe).

En el supuesto de que la operación en su conjunto implicara igualmente la realización de una transferencia, normalmente para el pago entre bancos del eventual importe pendiente para la cancelación económica del préstamo hipotecario previo garantizado con la vivienda que se ha de transmitir y para el consecuente pago de la provisión de fondos para la cancelación registral de dicha hipoteca, sería asimismo aplicable el criterio de información previa, desde el primer momento, en los términos aquí señalados para los cheques bancarios.

Se trata de un ejercicio de total transparencia, en tiempo y forma, con la finalidad de que la clientela pueda conocer, desde el momento en que solicite información, el coste de la financiación, más el coste de emisión de los cheques y/o transferencias, y no solo de los correspondientes a la estricta disposición del préstamo, sino también de los complementarios que, en su caso, pueda ser necesario emitir para materializar la operación en su conjunto, y, si así lo cree oportuno dicha clientela, esta pueda comparar esos costes con los que para tales circunstancias pudieran ofrecer otras entidades.

Recapitulando, cabe concluir que la entidad debería incluir en la información previa [en la FEIN, en el caso de los préstamos hipotecarios sujetos a la LCCI, y en concreto en su apartado 4, «tipo de interés y otros gastos», como última información, a propósito del inciso recogido en el anexo I dedicado a la FEIN, parte A), «asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes conexos al préstamo»], la información sobre el coste de emisión de los cheques bancarios asociados directa o indirectamente a una operación de préstamo hipotecario cuando: i) el prestatario haya manifestado, desde un primer momento, su voluntad de disponer de los fondos financiados mediante cheque; ii) la entidad ofrezca el cheque como una de las opciones para movilizar los fondos financiados, o iii) la entidad imponga, como condición de concesión de la financiación, la apertura/mantenimiento de una cuenta y la utilización del cheque como medio de disposición de los fondos —salvo que dicha entidad ofrezca un medio alternativo gratuito y de igual o mayor seguridad y eficacia que los cheques bancarios para movilizar la totalidad de los fondos—.

Además, en la medida en que, desde el momento de la solicitud de la operación, puede conocerse el importe final del cheque, la información se debe ofrecer en términos tanto relativos (porcentaje) como absolutos (importe).

En relación con dicha casuística, en el R-202112376 el reclamante denunciaba, entre otros extremos, el cobro de comisiones de las que en ningún momento le habían informado, por la emisión de los cheques para el pago de la compra de la vivienda financiada por un préstamo hipotecario. La entidad alegó que, en cuanto a las comisiones por emisión de cheques bancarios para el pago de la vivienda, se trataba de un servicio singular, las comisiones figuraban en las tarifas de comisiones que tiene publicadas y el cliente fue informado, según constaba en la liquidación

debidamente firmada. Añadía que, de los cuatro cheques emitidos para el pago de la compraventa, en el primero se aplicó una comisión del 0,5 %, máximo fijado en tarifas, pero en los otros tres se aplicó una comisión fija por debajo del máximo.

Este Departamento concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia bancaria, por cuanto no quedó acreditado que informara a su cliente con carácter previo y expreso de la existencia de tres de las cuatro comisiones reclamadas y de su importe, ni que la parte reclamante autorizara su cargo. Asimismo, se consideró que la entidad se habría apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que no constaba acreditado que, en la información precontractual entregada al cliente con anterioridad a la formalización del préstamo hipotecario, figurara la comisión aplicable a la emisión de los cheques bancarios, a pesar de tratarse de gastos necesarios para la movilización de los fondos del préstamo.

7.4 Comprobación notarial del cumplimiento del requisito de transparencia material

El artículo 15 de la Ley 5/2019 establece un nuevo procedimiento para que el notario actuante en cada formalización de préstamos inmobiliarios compruebe el cumplimiento del requisito de transparencia material respecto al nuevo prestatario, fiador y garante del préstamo. De este modo, la ley no solo persigue garantizar que estas personas dispongan de toda la información necesaria, con la antelación suficiente, para poder comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo, sino que además ha previsto un sistema de asesoramiento imparcial obligatorio por parte del notario, que deberá aclarar a los potenciales clientes todas las dudas que suscite el contrato.

En primer lugar, sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante deben facilitar al prestatario, durante el plazo de los diez días naturales desde la entrega de la FEIN y del resto de la documentación hasta la firma de la operación, el prestatario, fiador y garante del préstamo que sea persona física habrá de comparecer —él mismo o su representante— ante el notario, como muy tarde el día anterior al de la autorización de la escritura, para que le asesore presencialmente de la manera que se expone a continuación. El notario verificará la documentación acreditativa de la entrega al cliente de la FEIN, la FiAE y el resto de la documentación previa obligatoria, y, en caso de que quede acreditado su cumplimiento, hará constar en acta previa lo siguiente:

— El cumplimiento de los plazos legalmente previstos para la puesta a disposición del prestatario de la FEIN, la FiAE y el resto de la documentación previa obligatoria.

— Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.

— El asesoramiento prestado sobre las cláusulas recogidas en la FEIN y la FiAE de manera individualizada, y con referencia expresa a cada una. Además, el prestatario responderá a un test, en el que se concretarán la documentación entregada y la información suministrada.

Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones de entrega de la FEIN, la FiAE y la documentación previa obligatoria, o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en plazo hábil, el notario recogerá en el acta dicha circunstancia y no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

De acuerdo con el artículo 17 bis, apartado 2.b), de la Ley del Notariado, y con el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), el contenido de dicha acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de las manifestaciones de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos citados, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

En la escritura pública del préstamo inmobiliario, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta gratuita a la que se refieren los párrafos anteriores, haciendo constar en ella el número de protocolo, el notario autorizante y su fecha de autorización, y la afirmación de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento preceptivos.

La actuación notarial no eximirá en ningún caso a la entidad de su obligación de facilitar a los interesados las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y las cargas derivadas de la suscripción del préstamo[48].

El Real Decreto 309/2019 desarrolla en su capítulo IV los medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario (arts. 11 y 12, respectivamente), así como los principios y requisitos técnicos y el procedimiento

48 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 por la que se adoptan otras medidas en materia financiera *(BOE* de 29), desarrolla en su capítulo IV, «Medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario», artículos 11 y 12, respectivamente, los principios y requisitos técnicos y el procedimiento de remisión de documentación entre prestamista y prestatario, que son desarrollados con más detalle en instrucciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública [véanse Instrucción de 31 de julio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de las plataformas telemáticas para la preparación del acta de información previa y las escrituras de préstamo hipotecario en aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario *(BOE* de 1 de agosto), e Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la DGRN, sobre la actividad notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario *(BOE* de 30)].

de remisión de documentación entre prestamista y prestatario, que son desarrollados con más detalle en instrucciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN), hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y en circulares de obligado cumplimiento del Consejo General del Notariado[49].

7.5 Requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal al servicio del prestamista

El artículo 16 de la Ley 5/2019 establece para el personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado una serie de requisitos de conocimientos y competencias necesarios y actualizados, que deberán reunir en todo momento sobre los productos que comercializan, y en especial sobre la elaboración, oferta o concesión de contratos de préstamo, la actividad de intermediación de crédito y la prestación de los servicios de asesoramiento, en su caso, y en la ejecución de los contratos de préstamo, también aplicable respecto a los servicios accesorios incluidos en los contratos de préstamo inmobiliario y respecto a los productos de venta vinculada o combinada.

También resultarán aplicables los requisitos mínimos de conocimientos y competencias, que específicamente se establecen en la normativa de desarrollo ministerial, al personal de la sucursal del prestamista o intermediario de crédito inmobiliario registrado en otro Estado miembro.

De igual modo, resultarán aplicables los requisitos de conocimiento y competencias a las personas que desarrollen la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios.

La Orden ECE/482/2019 desarrolla —en su artículo segundo, apartado doce— los conocimientos y competencias aplicables al citado personal al servicio del prestamista de crédito inmobiliario, intermediario de crédito inmobiliario o representante designado, el ámbito subjetivo, las materias, los tipos de formación, la impartición y el certificado de formación, y las políticas y procedimientos internos sobre conocimientos y competencia, dando nueva redacción a la sección 6.ª del capítulo II del título III de la Orden/EHA/2899/2011.

---

49 Véanse a este respecto la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 *(BOE* de 15); la Instrucción de 31 de julio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de las plataformas telemáticas para la preparación del acta de información previa y las escrituras de préstamo hipotecario en aplicación de la Ley 5/2019; la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la DGRN, sobre la actividad notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019 *(BOE* de 30), y la Circular 1/2019, de 24 de mayo, del Consejo General del Notariado, relativa a la Ley 5/2019.

7.6 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 anejo II de la orden. En términos similares se manifiesta actualmente el artículo 29 de la vigente Orden EHA/2899/2011. Y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (en adelante, la Ley 2/1994), se refiere a la formalización en escritura pública de la subrogación de la entidad acreedora.

Por su parte, la Ley 5/2019 ordena que los contratos de préstamo sujetos a su ámbito de aplicación se formalicen en papel o en otro soporte duradero, y que, en caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un bien inmueble de uso residencial ubicado en territorio nacional, se formalicen en escritura pública, que podrá adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial.

Se harán constar en los contratos sus elementos esenciales, así como los datos y elementos que determine el Gobierno mediante real decreto.

Para que el notario pueda autorizar la escritura pública de los contratos sujetos al ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, es necesario, como se ha indicado, que se haya otorgado con carácter previo el acta prevista en el artículo 15.3.

7.7 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, recoge asimismo esta libertad de elección.

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 en la operación. 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 las operaciones de 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». La Ley 5/2019 recoge asimismo el principio de libre elección de notario por parte del prestatario en su artículo 14.1.g).

A la vista de lo anterior, el DCE estima que, dado que entidades y prestamistas en general están obligados por la Ley 5/2019 a informar expresamente a clientes personas físicas, con carácter previo a la formalización de las escrituras públicas en las que se documenten sus préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, sobre su derecho a la libre elección de notario, la omisión de dicha información y la eventual imposición de una notaría determinada podrá ser constitutivo de quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

Por lo que respecta al acto de otorgamiento en sí, la Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 30 la obligación del notario otorgante de informar a la parte prestataria de las obligaciones que asume y de comprobar un amplio elenco de aspectos relevantes de la operación que se formaliza, para una mayor garantía de transparencia.

La Ley 5/2019, como se ha indicado, ha reforzado la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material, con las actuaciones de verificación y asesoramiento previo obligatorio que impone a los notarios, que incluye la elaboración del acta previa y el test al cliente sobre la documentación entregada y la información suministrada.

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 financiera 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.

7.8 Inscripción por los prestamistas de los contratos con condiciones generales de la contratación

Los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, las cláusulas

contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha ley y que no hayan sido negociadas con el cliente (art. 7 de la Ley 5/2019).

En caso de contratos negociados, no es necesario depositar las cláusulas, si bien deberá dejarse constancia clara y expresa en el contrato de dicha circunstancia, so pena de que las cláusulas sean impugnadas y pueda declararse su nulidad de pleno derecho.

Dichas condiciones generales de la contratación estarán además disponibles en el sitio web de los prestamistas, si lo tienen, y, en caso contrario, las tendrán gratuitamente a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios en sus establecimientos abiertos al público, debiendo garantizarse la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información citada en los términos exigidos legal o reglamentariamente.

En relación con esta materia, véanse la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la DGRN, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y su reflejo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019 *(BOE* de 14 de junio).

7.9 Información sobre la provisión de fondos, tramitación administrativa y gastos de formalización de la hipoteca

A título introductorio, nos remitimos en este apartado a las páginas 128-132 de la Memoria de 2019 para ahondar en el criterio sobre entrega con antelación de la provisión de fondos para los préstamos hipotecarios acogidos a la LCCI; a la selección y síntesis de algunos informes relevantes de entre los resueltos en 2021, ya vigente el régimen de gastos de la LCCI, y a la actualización del panorama jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de gastos de formalización de hipotecas, aplicable a los préstamos suscritos con anterioridad a la vigencia de la LCCI.

7.9.1 Información sobre provisión de fondos

Con carácter general, cuando hablamos de la información previa de los gastos de formalización de operaciones hipotecarias, la diligencia de una entidad se extiende no solo a los correspondientes al préstamo (recogidos en la información precontractual: tasación, gestoría, gastos notariales, registrales y fiscales), sino también a los de las operaciones conexas, como sus modificaciones, subrogaciones, cancelaciones y otro tipo de negocios jurídicos vinculados estrechamente a la concesión del préstamo hipotecario.

A este respecto, el DCE ha consolidado el criterio de que la información sobre provisión de fondos debe facilitarse con ocasión de la entrega de la información precontractual obligatoria, regulada en el artículo 14 de la Ley 5/2019, incluidas la FEIN, la FiAE y, sobre todo, «la información clara y veraz sobre los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario», con diez días naturales de antelación respecto a la fecha prevista para la formalización de la operación.

La citada información facilita al prestatario y a los terceros implicados el conocimiento de todos los gastos a los que deben hacer frente, y no solo los de la operación hipotecaria, lo que evidentemente le posibilita al prestatario la comparación con las ofertas de otras entidades, que también le deben facilitar información sobre los gastos del préstamo hipotecario y de los contratos accesorios, dato el de los gastos muy relevante a la hora de aceptar una u otra opción, o incluso desistir de ambas.

No obstante, la recepción de esta información previa no impide que el cliente mantenga, además, su derecho de revisar el proyecto de contrato del préstamo hipotecario en la notaría durante los tres días hábiles anteriores a la fecha fijada para su formalización, aunque pueda renunciar a él, siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría. Por ello, en el acta previa se debe, cuando menos, informar al consumidor del indicado derecho, para permitirle su ejercicio, o informarle de la posibilidad de renuncia, en su caso.

Asimismo, se debe precisar que el pago —generalmente, vía cargo en cuenta— de los gastos totales asociados a la operación para su formalización puede lógicamente diferirse en el tiempo y en ningún caso puede ser exigible al cliente antes de la aprobación del acta previa notarial —art. 15 de la Ley 5/2019—. No en vano, este hito informativo implica que el cliente está conforme con la operación y que conoce, comprende y acepta las condiciones del préstamo, y desea formalizarlo.

En relación con la provisión de fondos, en el expediente R-202020741 el reclamante manifestaba que se adjudicó mediante sentencia una vivienda que tenía junto con su excónyuge y, tras solicitar financiación a la entidad para poder adquirir la mitad del citado excónyuge, pese a disponer de la referida sentencia, se le obligó a formalizar una escritura de extinción de condominio, lo que motivó que tuviera que hacer frente a los gastos de dicha escritura, gastos que inicialmente la gestoría no contempló en la provisión de fondos, por lo que solicitaba la devolución.

La entidad alegó que no intervino como parte, ni obligó a la formalización de la escritura pública de extinción de condominio, limitándose a informar de la financiación hipotecaria individual solicitada y de que para constituir la hipoteca que garantizara el préstamo era necesaria, o bien la intervención de ambos propietarios en la escritura, o bien la acreditación del 100 % de la titularidad de la finca a favor

de la reclamante, por extinción de condominio reflejada en el Registro de la Propiedad en el que se encuentra inscrita la finca. Y que su cliente fue libre para optar por el método que quiso para la extinción del condominio y su inscripción en el registro de la propiedad, que era el requisito exigido.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al no haber quedado acreditado que entregase a su cliente, con la mínima antelación de 10 días naturales respecto al momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, información sobre los gastos de la operación conexa de extinción de condominio, y por no constar acreditado que la gestoría por ella elegida informase de que se podría haber inscrito directamente en el registro la extinción del condominio, a través de la inscripción del convenio regulador que lo recogía y que figuraba como parte integrante de la sentencia judicial aportada, con el ahorro de los gastos fiscales y de notaría correspondientes.

En el expediente R-202118846, el reclamante denunciaba que vendió su vivienda, la cual se encontraba gravada por préstamo hipotecario a favor de otra entidad, y la parte compradora solicitó la financiación de la entidad reclamada, que designó a una gestoría de su confianza para que se encargara de los trámites de la cancelación de hipoteca, informándole de la necesaria retención, sobre el precio de venta, de una cantidad para la tramitación de la cancelación registral. Solicitaba a la entidad la devolución del sobrante de la provisión de fondos.

La entidad alegó que fueron los compradores quienes le encargaron la gestión de la escritura de cancelación del préstamo hipotecario del que era prestataria la parte vendedora y reclamante, y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Y que, tras la liquidación definitiva de los gastos, el importe del sobrante fue abonado en la cuenta de los compradores, toda vez que el encargo se lo realizaron los compradores, con el consentimiento de la propia parte reclamante y vendedora, y se acordó en el propio encargo que la provisión de fondos se cargara en la cuenta de los compradores, de modo que el sobrante fue abonado en esa misma cuenta.

El DCE concluyó que la no devolución del sobrante de la provisión de fondos a la reclamante fue una actitud poco diligente y la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por ser conocedora de lo pactado en la escritura de compraventa, y por ser necesaria la cancelación de la hipoteca preexistente para poder constituir primera hipoteca sobre la finca, debiéndose haber asegurado de que el sobrante de la provisión de fondos, realizada en última instancia por la reclamante como retención del precio de la compraventa, era abonado a esta y no a la parte compradora.

En el expediente R-202117650, el reclamante denunciaba que hacía varios meses que había firmado una hipoteca con la entidad y, a día de la reclamación, todavía no había recibido el sobrante de la provisión de fondos.

La entidad alegó que la demora no se produjo por causas que le fueran imputables, ya que la escritura de cancelación registral requería la intervención del apoderado de la entidad a cuyo favor se constituyó la hipoteca, lo que se demoró, no siendo hasta agosto de 2021 cuando recibió la escritura de cancelación registrada, y fue abonado el sobrante de la provisión al reclamante en septiembre de 2021.

El DCE concluyó que, respecto de la demora en la tramitación de la cancelación, la actuación de la entidad fue contraria a las buenas prácticas bancarias, por cuanto no actuó con la diligencia y transparencia debidas, ya que no acreditó que realizase seguimiento alguno de la formalización de la escritura de cancelación para intentar agilizar el proceso, ni que informase a su cliente del retraso que se estaba produciendo, transcurriendo casi seis meses desde que se formalizó el nuevo préstamo hipotecario hasta la firma por el apoderado de la otra entidad de la escritura de cancelación de préstamo hipotecario, y casi diez meses hasta que finalmente hizo entrega a la parte reclamante del sobrante de la provisión de fondos para dicha tramitación.

Asimismo, la actuación de la entidad se consideró apartada de las buenas prácticas, dado que no acreditaba que facilitase la información sobre la provisión de fondos con una antelación de diez días naturales respecto de la formalización de la escritura, y fijó una provisión de fondos con valores manifiestamente alejados al alza de los que finalmente supuso la tramitación de la escritura de cancelación.

7.9.2 Reclamaciones sobre gastos de formalización (régimen de gastos de la LCCI)

Durante 2021 se han analizado casos de gastos de formalización de préstamos hipotecarios, ya vigente la Ley 5/2019, en los que se pretendía la aplicación del régimen vigente de distribución de gastos en hipotecas.

Debe recordarse que el artículo 14 de la Ley 5/2019, además de establecer la distribución de los gastos de formalización entre la entidad y el cliente —disponiendo que este asumirá los gastos de tasación y la entidad los registrales y los notariales de la escritura de préstamo hipotecario, y que el pago de los impuestos se haga según la normativa fiscal en vigor—, ordena que, si durante la vigencia del préstamo se produjesen una o varias subrogaciones de acuerdo con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, el prestamista subrogado sea reintegrado por el prestamista subrogante en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo, y dispone una serie de reglas para al cálculo de dicha compensación.

En relación con dicha compensación, en el expediente R-202124410 el reclamante denunciaba que la entidad subrogada de su préstamo hipotecario le había cobrado

en 2021 la parte proporcional de los gastos de formalización del préstamo hipotecario que originalmente suscribió con ella en 2018 invocando el artículo 14 de la ley 5/2019, cuando entendía que dicha norma no estaba en vigor en la fecha de formalización del préstamo.

La entidad subrogada alegó que el certificado de deuda pendiente del préstamo recogía, entre otros conceptos, la parte proporcional de los gastos de gestoría y de registro cuestionados, recibiéndose el mes siguiente el importe de dicho débito, fecha en la que se canceló el préstamo. El DCE concluyó que la entidad subrogada podría haber quebrantado la normativa de transparencia al haber reclamado improcedentemente a la subrogante la parte proporcional de los gastos de formalización incurridos en su día, ya que el artículo 14-1.º e), referido al derecho a reclamar la parte proporcional de los gastos de formalización, se aplica como consecuencia de la obligación impuesta por la propia ley a las entidades de asumir ellas todos esos gastos salvo el de tasación, y para préstamos anteriores a la entrada en vigor de dicha ley no puede aplicarse de forma retroactiva, y entonces no existía la obligación legal de asumir la entidad tales gastos.

Respecto a la entidad subrogante, alegó que la escritura de subrogación de acreedor se hizo por el capital pendiente, recogido en el certificado de deuda pendiente, y que se abonó en una cuenta del reclamante, quien ordenó transferencia a la entidad subrogada en esa misma fecha por el importe recogido en dicho certificado. El DCE estimó que su actuación podría también haber quebrantado la normativa de transparencia, por un lado, porque la subrogación la hizo por un capital mayor que el pendiente del préstamo hipotecario en esa fecha, al haberse pagado ya el recibo posterior a la fecha de emisión del certificado de saldo pendiente, por lo que el cliente se obligaba a un mayor pago de intereses que si se hubiera aplicado correctamente la Ley 2/1994. Asimismo, este Departamento apreció en la actuación de la entidad subrogante posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y las buenas prácticas y usos bancarios por falta de diligencia, al no exigir a la entidad subrogada la eliminación de la parte proporcional de los gastos de formalización improcedentemente exigidos en su certificado de saldo pendiente, y por falta de transparencia informativa hacia su cliente, al no informarle de ello, permitiendo que corriera él con los gastos, cuando, de resultar de aplicación el artículo 14 de la Ley 5/2019, sería la entidad subrogante la que en todo caso debiera hacerse cargo de aquellos.

7.9.3 Evolución jurisprudencial sobre la cláusula de imposición al consumidor de los gastos de formalización (régimen anterior a la LCCI)

En el origen de la jurisprudencia sobre esta cuestión, encontramos la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 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, declaró la nulidad de la cláusula que 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.

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

Nos remitimos a las páginas 132-135 de la Memoria de 2019, que explican con mayor detalle tanto la sentencia n.º 705/2015 como las posteriores del mismo Tribunal Supremo. También se plantearon ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sendas cuestiones prejudiciales por los juzgados de primera instancia n.º 17 de Palma de Mallorca y n.º 6 de Ceuta, en autos de 12 y 13 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19). El TJUE ha resuelto aquellas en sentencia de 16 de julio de 2020, disponiendo que, en el supuesto de que se declare la nulidad de la cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, no resultaría conforme al artículo 6, apartado 1, y al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que el juez nacional negara al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, a menos que las disposiciones del derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impusieran al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

El Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 457/2020, de 24 de julio (Rec. 1053/2018), ha confirmado, respecto de los gastos notariales y registrales, su jurisprudencia anterior (sentencias n.^{os} 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero), antes explicada, repartiendo los gastos notariales por mitad entre entidad y cliente, y atribuyendo íntegramente los registrales a la prestamista.

Respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados referido a hipotecas anteriores al 10 de noviembre de 2018 (fecha en que entró en vigor la modificación del artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el RDL 17/2018, de 8 de noviembre), corresponde legalmente su pago al prestatario, por lo que, según indica la Comisión Europea en las observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la comentada sentencia de 16 de julio de 2020, la Sala Primera del Tribunal Supremo, con su sentencia n.º 457/2020, de 24 de julio de 2020, Rec. 1053/2018, declaró que no procede una moderación de la cláusula

abusiva, sino la aplicación de la normativa fiscal vigente relativa al impuesto, como había interpretado el propio Tribunal Supremo.

En relación con los gastos de gestoría, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 555/2020, de 26 de octubre, Rec. 474/2018, rompe con su jurisprudencia anterior y señala que el criterio de reparto de dichos gastos por mitad entre prestamista y prestatario establecido en la sentencia n.º 49/2019, de 23 de enero, no se acomoda bien a la doctrina de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, por lo que, al haberse abonado en virtud de una cláusula que se ha declarado abusiva, estos deben ser devueltos al consumidor por la prestamista.

Por último, y aunque no cabe considerarlos *stricto sensu* como gastos de formalización, respecto a los gastos de tasación de préstamos hipotecarios a los que no resulte de aplicación la Ley 5/2019, formalizados con un consumidor, la sentencia n.º 35/2021, de 27 de enero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Rec. 1926/2018) establece que incumben al banco, y no al consumidor, argumentando que, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada abusiva. Con esta sentencia quedan resueltas todas las consecuencias de la nulidad de las cláusulas que imponen a los consumidores los gastos de formalización del préstamo hipotecario.

Por otra parte, la Ley 5/2019 estipula en su artículo 14.1.e), respecto a los contratos sujetos a su ámbito de aplicación, 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, 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, establece que su pago se realizará de conformidad con lo fijado en la normativa tributaria.

En lo referente a las reclamaciones derivadas de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas de atribución de gastos análogas a la examinada por el Tribunal Supremo, nos remitimos a la Memoria de 2019 (páginas 136-138), en la que se exponen los criterios del DCE sobre el particular, mantenidos durante 2021, con referencia a los reclamantes de la jurisprudencia actualizada. A la hora de analizar los expedientes, se ha tenido muy en cuenta la fecha de formalización de los préstamos en orden a apreciar, en su caso, la extemporaneidad de la reclamación.

Asimismo, sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula

nula sobre gastos hipotecarios, el pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha planteado el 22 de julio de 2021 una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El auto tiene en cuenta que es jurisprudencia constante del TJUE que cuando los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión deberán respetar los principios generales de ese ordenamiento, entre los que figuran el principio de seguridad jurídica y el de protección de la confianza legítima.

Diversos pronunciamientos del TJUE descartan que el día inicial del plazo de prescripción de este tipo de acciones sea el día de celebración del contrato o la fecha de los pagos indebidos, por lo que quedarían dos opciones:

a) Que el día inicial del plazo de prescripción sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede ser contraria al principio de seguridad jurídica, uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. El principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.

b) Que el día inicial sea la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019) o la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, SA, o de 16 de julio de 2020, Caixabank, SA). Este criterio puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia.

Las dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea que suscitan ambas opciones justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona ha planteado también una petición de decisión prejudicial al TJUE mediante auto de 22 de julio de 2021 en relación con el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios. Plantea si un consumidor puede verse privado del derecho de reclamar las cantidades fruto de una cláusula abusiva porque el plazo de prescripción de su acción comienza antes de que la cláusula sea declarada nula. En concreto, pide al TJUE que se pronuncie sobre:

— si es compatible con el Derecho de la Unión que la prescripción de la acción para reclamar las consecuencias económicas de una cláusula abusiva, como la de gastos, se inicie antes de que dicha cláusula haya sido declarada nula por abusiva;

— si es compatible fijar como inicio del plazo de prescripción de una cláusula abusiva la fecha en que un tribunal con capacidad de crear jurisprudencia, como es el Tribunal Supremo, indique que una cláusula es abusiva, con independencia de que el consumidor conozca o no esa sentencia, y

— si se puede establecer, en un contrato de larga duración, que el plazo de prescripción de una acción para reclamar unos gastos pagados para constituir la hipoteca se inicie en el momento del pago, dado que la cláusula abusiva ha agotado sus efectos en ese momento y no hay riesgo de que se vuelva a aplicar.

7.10 Tasación del inmueble

En préstamos garantizados con hipoteca u otra garantía real, el inmueble aportado como garantía debe ser objeto de tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo.

En estas operaciones, la obligación del prestamista de valorar la solvencia del cliente se mantiene totalmente vigente. El artículo 18 de la Orden EHA 2899/2011 prevé que, en el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, su cuantía máxima 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.

Por su parte, la Ley 5/2019 establece que, en estos supuestos, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda el importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial.

La tasación será realizada por una sociedad de tasación o por un servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, podrá también ser realizada por un profesional homologado, conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, y a la disposición adicional décima de la ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario.

De conformidad con el artículo 3 bis I de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, 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.

Si bien, como se ha indicado, la Ley 5/2019 ha regulado expresamente que los gastos de tasación corresponden al prestatario, antes de su entrada en vigor también solía ser habitual que el prestatario corriera con los gastos de tasación de la garantía. El DCE ha considerado, desde la perspectiva de las buenas prácticas financieras, que las entidades han de informar a su clientela no solo de la necesidad de realizar la tasación, sino también de que los gastos de esta van a correr a su cargo, requiriendo a tal fin su autorización para cargarlos en cuenta, y debiendo indicarse igualmente que ni la realización de la tasación conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, ni la desaprobación conlleva la devolución de los gastos. En caso de resultar denegada la operación solicitada, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que pueda acudir, si así lo desea dentro del plazo de vigencia del informe (seis meses desde su fecha de emisión)[50], a otra entidad en demanda del préstamo denegado.

Teniendo en cuenta el coste que supone una tasación, así como la obligación de la entidad, como profesional en la materia, de velar también por los intereses de su cliente y no solo por los propios, durante el análisis de la propuesta de riesgo la entidad debe tratar de minimizar los costes que deba soportar el solicitante del préstamo, posponiendo razonablemente la obtención de los informes más costosos —entre ellos, la tasación— hasta que se realice un preestudio de la viabilidad de la operación y del resto de las variables, 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, se planteen dudas acerca de la titularidad registral del bien objeto de garantía, o quepa presumir la 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.

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

---

50 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.

a) Falta de información previa del coste de la tasación.

b) Falta de autorización para el cargo en cuenta.

c) Disconformidad con el cargo de aquella por denegación de la operación por falta de capacidad de pago.

d) Disconformidad con el cargo, al no haber podido formalizarse la operación por problemas con la titularidad registral de la finca.

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 DCE considera mala práctica bancaria que las entidades no acrediten 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, las entidades deben acreditar haber obtenido autorización para el cargo en cuenta del coste de tasación.

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; se considera 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 que, existiendo indicios de que podría haber falta de idoneidad en la titularidad registral de la finca objeto de garantía, no se realizaran verificaciones registrales 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 una tasadora homologada, el coste del nuevo informe deberá ser asumido íntegramente por la entidad, sin que pueda repercutirse al cliente.

No compete al DCE analizar la corrección del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

Un ejemplo de actuación irregular relacionada con la tasación lo tenemos en el expediente R-202015911, en el que el reclamante manifestaba que solicitó a la entidad una operación hipotecaria por importe de 80.000 euros, y esta le comunicó

que únicamente podían concederse 50.000 euros, procediéndose a realizar la tasación de la vivienda, cuyo importe le indicaron que le sería devuelto una vez formalizada la operación hipotecaria, a pesar de lo cual, con posterioridad, la entidad le comunicó que únicamente se podía conceder la operación por importe de 20.000 euros, debiendo contratar además un seguro de hogar y una alarma en la vivienda, por lo que, dado que las nuevas condiciones eran inviables para su situación económica, decidió no continuar con la operación hipotecaria, motivo por el cual solicitaba la devolución del importe de la tasación.

La entidad alegó su discrecionalidad para conceder facilidades crediticias, tras el análisis de riesgos, fundándose la decisión 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, según la Ley 5/2019. Añadía que, a la vista de la falta de ingresos para hacer frente a la deuda por deudor principal y avalista —ahora reclamante—, por una cuestión de riesgos no podía aceptar la financiación solicitada, sin que hubiera generado falsas expectativas con relación a la concesión, no llegando ni a entregar la FEIN, y que se indicaba en el documento de solicitud que los gastos de tasación eran a cargo del cliente y que la no concesión de la operación no implicaba su devolución.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, en tanto que: i) denegó la operación hipotecaria tras haber realizado innecesariamente la tasación, no siendo esta relevante para la denegación de la operación hipotecaria, al basarla en la falta de ingresos, y ii) incurrió en una falta de transparencia informativa sobre los términos de la denegación y sobre la cuantía solicitada por su cliente, al no haber aportado documentación alguna acreditativa de que denegó la operación solicitada sin haber rebajado, después de la tasación, el importe concedido. Además, no se indicaba la cuantía solicitada en el documento de solicitud de operación de activo, ni en ningún otro, ni se recogían tampoco los términos de la denegación, por no haberse aportado su comunicación al cliente.

En el expediente R-202118954, el reclamante denunciaba que una entidad, tras aprobar la posibilidad de solicitar la tasación del inmueble a una empresa homologada por el Banco de España, una vez realizada por dicha empresa la tasación y abonado el importe correspondiente, la entidad le informó de que la tasación no se aprobaba, ya que la había realizado una empresa que no admitía, por lo que solicitaba la devolución del importe de la tasación.

La entidad alegó que la reclamante presentó propuesta hipotecaria aportando la tasación que encargó por su cuenta, que fue aceptada por ella, recogiéndose el valor de tasación en la propuesta hipotecaria, desestimándose la operación por el Departamento de Riesgos por tasa de esfuerzo que suponía la financiación, indicando que la operación se podría aprobar por el 50 % sobre el valor de tasación, siendo una decisión enmarcada dentro de su política crediticia. Y que, previamente

a la entrega de la tasación, se realizó un estudio para comprobar si la operación en términos de riesgo podía ser viable, todo ello según un valor de tasación hipotético, aportando la parte reclamante una tasación con un valor por debajo de lo esperado. No obstante, ha resuelto reintegrar a la reclamante el importe de la tasación, aun cuando podría hacer valerla en otra entidad.

Este Departamento concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección a la clientela de servicios bancarios al no constar que hubiera facilitado a su cliente la FIPRE desde el momento en que solicitó la operación hipotecaria, sino el mismo día en que presentó la tasación, que informase sobre las vinculaciones y gastos preparatorios de la operación, a pesar de que esta no se llegase a formalizar, entre los que se debería haber indicado si resultaba exigible la tasación del inmueble y a cargo de quién serían los gastos.

7.11 Hipotecas especiales (créditos o hipotecas de máximo, multidivisa, subvencionadas y de convenio)

a) Créditos hipotecarios o «hipotecas de máximo»

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 el plazo convenidos, con 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, o por la disminución de valor del bien objeto de garantía, situación ante la cual lo que el DCE 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.

Un caso problemático en la disposición de un crédito hipotecario fue el analizado en el expediente R-202109980, en el que el reclamante denunciaba que tenía contratada una hipoteca abierta, que la entidad le obligó a suscribir, y que, aunque había efectuado varias disposiciones de capital de su operación hipotecaria, la entidad no le había permitido realizar una nueva disposición, por no haber formalizado un seguro de vida; y, tras reclamar, le comunicaron que acudiera a su oficina para solicitar un préstamo, pero finalmente, una vez aportada la documentación exigida, la entidad se lo denegó nuevamente, esta vez por no cumplir sus políticas de riesgo.

La entidad alegó que la denegación de su solicitud de disposición no fue por su negativa a suscribir un seguro de vida y, de hecho, ni en el documento de solicitud de activo ni en la FIPRE se obligaba a la contratación de un seguro de vida como venta vinculada, sino como un producto combinado, con el cual el cliente podría beneficiarse de una bonificación del tipo de interés, y que la escritura recoge la obligación, para efectuar disposiciones, de comunicarlo previamente a esa entidad, pero no recoge ningún listado de únicos motivos para denegar la petición. Añadía que el silencio de la escritura debe interpretarse como que la entidad era libre de aceptar, o no, esta solicitud de operación, de acuerdo con el estudio de riesgos crediticios, y que el motivo de denegación fue precisamente el no cumplirse los criterios de riesgos.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al denegar injustificadamente la disposición pretendida sobre la base de una interpretación unilateral e interesada del contrato del préstamo a promotor, contraria a su propia literalidad y a la naturaleza de la «hipoteca abierta», porque entendió el DCE que el no contemplar en la escritura aportada las causas de denegación de las disposiciones posteriores del crédito abierto no supone su absoluta discrecionalidad, y el que las disposiciones, una vez cumplido el requisito de ser comunicadas a la entidad, serían admitidas se ajusta mucho mejor a la naturaleza de la «hipoteca abierta».

En el expediente R-202109842, el reclamante denunciaba que, tras solicitar una nueva disposición de su hipoteca, la entidad le ofreció un seguro de hogar y, al negarse a su contratación, le indicó que probablemente no le podrían conceder la disposición, pero le ofrecieron la opción de solicitar un crédito personal con un interés más alto. Añade que, tras negarse a solicitar el crédito, acudió con las escrituras y solicitó la mencionada disposición, alegando entonces la entidad

como motivo para denegarlo que el importe que tenía que pagar se pasaba de lo permitido.

La entidad alegó que en el contrato de préstamo se preveía expresamente la facultad de denegación de disposiciones en caso de variación de cualquiera de los factores que se tomaron en consideración al concertar la operación, especialmente la solvencia de la parte acreditada, por lo que había actuado conforme a lo pactado en la escritura hipotecaria, habiendo constatado que, según la documentación fiscal aportada, la ratio de endeudamiento se situaba en el 38 % antes de la realización de la disposición, además de que la finalidad de la disposición eran motivos personales, teniendo además el cliente alerta de riesgo interna por una refinanciación realizada en la entidad en marzo de 2012, no constándoles que la disposición se hubiera denegado porque el cliente rechazara la contratación del seguro, sobre lo que la parte reclamante no aportaba evidencias documentales.

Este Departamento concluyó que la actuación de la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no actúo con la diligencia y transparencia que debió prestar en las explicaciones dadas a su cliente antes de que interpusiera la reclamación y porque no justificó suficientemente el deterioro de la solvencia de la parte reclamante, no acreditando que la ratio de endeudamiento actual del cliente hubiera empeorado respecto de la que tenía en el momento de la concesión del crédito y que dicho empeoramiento fuera de la suficiente entidad como para justificar la denegación, o que la alerta de riesgo invocada fuera suficiente como para justificar dicha denegación.

Se recordaba a la entidad que, a tenor del clausulado de este tipo de créditos hipotecarios, no cabía la exigencia de la contratación de seguro o producto alguno para poder disponer del límite concedido, sino únicamente denegarlo si concurren las circunstancias previstas, como tampoco ofrecer como alternativa otra financiación más costosa para el cliente.

b) Hipotecas multidivisa

Los préstamos multidivisa o en moneda extranjera suponen una modalidad especial de préstamos hipotecarios. Las reclamaciones 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 la evolución de la cotización de esa divisa, el contravalor en euros del débito pendiente, aun después de años de amortización, sea superior al contravalor en euros del préstamo en el momento de su formalización.

Se han recibido reclamaciones que cuestionan el tipo de cambio aplicado al cliente, con motivo de la entrega de la divisa en el momento de la formalización del préstamo, del pago de los vencimientos en la moneda elegida y de la redenominación del préstamo en otra divisa, y otras que tenían que ver con 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 cuantías no superiores al contravalor de 3.000 euros, porque, según la normativa de transparencia en vigor[51], 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.

Sobre este tipo de préstamos, la sentencia n.º 608/2017, de 15 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo concluyó que, a pesar de que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, sí es un producto complejo a efectos del control de transparencia del cumplimiento de las obligaciones de información establecido por las normas de transparencia bancaria y de protección de consumidores y usuarios, si 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 el 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, 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 vencido el préstamo si se exceden ciertos límites.

Sobre la base del razonamiento expuesto, concluye el Tribunal Supremo 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 (en concreto, el pago de cuotas superiores a la inicial y la imposibilidad de afrontarlas), lo que ha derivado en la reclamación judicial, 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 la de otros préstamos, lo que había agravado su situación económica y jurídica.

Por otra parte, se señala que no resulta suficiente la posibilidad de cambio de divisa para eliminar los riesgos mencionados, ni para dispensar a la entidad financiera 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, y quedando este como un préstamo concedido y amortizado en euros.

---

51 Norma cuarta de la Circular del Banco de España 5/2012.

La Ley 5/2019 regula específicamente este tipo de operaciones y establece, en su artículo 20, que en los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera, formalizados a partir del 16 de junio de 2019, el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa, que será:

— la moneda en la que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o

— la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de firma del contrato de préstamo o sea residente en el momento en el que se solicita la conversión.

El prestatario optará por una de estas dos alternativas en el momento de solicitar el cambio, debiendo ser el tipo de cambio utilizado en la conversión el vigente en la fecha en que se solicite, publicado por el Banco Central Europeo, salvo que el préstamo establezca otra cosa.

Los prestatarios no consumidores podrán pactar con el prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo.

La norma obliga a los prestamistas a informar periódicamente al prestatario del importe adeudado, con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido, del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercerlo, así como de los mecanismos contractualmente aplicables para limitar el riesgo de tipo de cambio al que esté expuesto el prestatario.

Dicha información se facilitará, en todo caso, cuando el valor del débito pendiente o de las cuotas periódicas difiera en más de un 20 % del importe que resultaría de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo.

Esta regulación se pondrá en conocimiento del prestatario, tanto a través de la FEIN como del contrato de préstamo suscrito. Si el contrato no contiene disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el prestatario para fluctuaciones inferiores al 20 %, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos de una fluctuación del tipo de cambio del 20 %.

El incumplimiento de las exigencias y de los requisitos previstos en el citado artículo 20 determinarán, a favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato, de modo que se considere que el préstamo fue concedido desde el

principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos. La Orden ECE/482/2019 desarrolla en su artículo segundo, apartado once, sección 5.ª, «Préstamos en moneda extranjera», la información que se ha de remitir al prestatario, dando nueva redacción a la sección 5.ª del capítulo II del título III de la Orden/EHA/2899/2011.

Por último, es menester indicar aquí que la autoridad competente del Reino Unido —Financial Conduct Authority— anunció el cese, a partir del 31 de diciembre de 2021, de la publicación del LIBOR *(London Interbank Offer Rate)* —tipo de interés de referencia habitualmente utilizado en los préstamos multidivisa— en todas sus monedas y plazos, con excepción de las referencias en dólares para los plazos a un día, uno, tres, seis y doce meses, las cuales se seguirán publicando hasta el 30 de junio de 2023, instando a las entidades a dejar de utilizarlo en nuevos contratos tan pronto como sea posible, y en todo caso antes del 31 de diciembre de 2021.

Debido a la existencia de contratos e instrumentos que no cuentan con cláusulas de respaldo adecuadas para hacer frente a la desaparición del LIBOR y cuya modificación no resultaba posible en el corto período restante hasta su supresión al final de 2021, la Unión Europea ha aprobado un mecanismo (mediante la modificación del Reglamento (UE) 2016/1011) para permitir a la Comisión Europea designar un tipo sustitutivo legal que será de aplicación a todos los contratos e instrumentos financieros que no contengan un índice sustitutivo aplicable con carácter permanente y estén sujetos a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea. En otras jurisdicciones, como Reino Unido y Estados Unidos, se está considerando una solución legislativa similar.

Como estas posibles soluciones pueden no resultar aplicables a todos los instrumentos financieros y contratos vinculados al LIBOR, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) recomienda a las entidades —financieras y no financieras— que, en la medida de lo posible, traten de alcanzar acuerdos para sustituir el LIBOR o de incluir índices sustitutivos robustos en sus instrumentos financieros o contratos.

En aplicación de este nuevo mecanismo europeo, el 22 de octubre de 2021 se publicó en el *Boletín Oficial de la Unión Europea* el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/1847 de la Comisión, de 14 de octubre de 2021, sobre la designación de un índice sustitutivo normativo para determinadas modalidades del LIBOR CHF (el del franco suizo), que entró en vigor el 1 de enero de 2022.

Dicho reglamento contiene referencias legales sustitutorias de ciertas modalidades del LIBOR CHF, uno de los tipos de interés de referencia utilizados habitualmente en los préstamos multidivisa, pudiendo consultarse su contenido a través del siguiente vínculo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1847.

Recuadro 2.7

CESE DE LA PUBLICACION DEL LIBOR

Se ha verificado la incidencia en la clientela de la desaparición de determinados índices de referencia. A partir del 31 de diciembre de 2021 se eliminan todas las referencias LIBOR en yenes japoneses (JPY), francos suizos (CHF) y libras esterlinas (GBP), y alguna de las de los dólares estadounidenses (USD) (una semana y dos meses). En junio de 2023 se dejará de publicar el resto de referencias USD.

Ante la desaparición de las referencias GBP, CHF, JPY y USD del LIBOR, las entidades supervisadas deben garantizar la continuidad de los contratos y la protección de los intereses de la clientela (en particular, en la renegociación de los contratos vigentes). Para ello deben:

— Identificar y evaluar adecuadamente los riesgos y posibles impactos derivados de su exposición al LIBOR.

— Valorar la adopción de las medidas que puedan resultar oportunas para gestionar una transición adecuada y global de sus exposiciones, y realizar sus mejores esfuerzos por alcanzar acuerdos con la clientela para la sustitución del LIBOR, en particular en aquellos casos en los que el contrato no tenga prevista una cláusula de respaldo adecuada.

En efecto, el Banco Central Europeo y, en España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España han venido emitiendo recomendaciones para que las entidades efectúen una transición ordenada, lo que incluye la revisión de los contratos existentes, la formalización de nuevos contratos ya con los nuevos índices y la consideración de aspectos operativos, de sistemas contables y de valoración de riesgos, y de información a la clientela.

c) Hipotecas subvencionadas

Destacan también, por su especialidad, los préstamos hipotecarios subvencionados o subsidiados. Respecto a ellos, el DCE 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.

d) Hipotecas de convenio

En relación con los préstamos acogidos a convenios con determinados colectivos, el DCE exige a las entidades una especial diligencia y transparencia hacia los

clientes pertenecientes a dichos colectivos, en orden a informarles oportunamente sobre la existencia de los convenios y las condiciones financieras preferenciales aplicables por causa de estos.

7.12 Intereses

7.12.1 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 demora[52].

Según prevé el artículo 21.1 de la Ley 5/2019, el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. En caso de acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo que reúna los requisitos que establece la norma.

Los tipos de interés oficiales de referencia vigentes en la actualidad se regulan en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, y su forma de cálculo está regulada en la Circular del Banco de España 5/2012. Los tipos o índices de referencia oficiales se publican mensualmente en el *BOE* y también están disponibles en el sitio web del Banco de España.

En materia de información previa, y según establece el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011 —con la nueva redacción dada por la Orden ECE/482/2019—, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable se deberá entregar al prestatario o potencial prestatario (y, en su caso, a toda persona física fiadora o garante del préstamo, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato) el documento separado indicado en el artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019, en el que se hará una referencia especial a las cuotas periódicas que ha de satisfacer el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés y a las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones, todo ello teniendo en cuenta además el uso, o no, de índices oficiales de referencia.

Se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia

52 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.*

utilizado en la FEIN haya presentado durante los 20 últimos años, o el plazo máximo disponible si es menor. Si el tipo de interés aplicable inicialmente al préstamo se correspondiera con el nivel máximo o mínimo durante los 20 últimos años, se tomará como referencia para el cálculo dicho nivel, incrementado o disminuido, según el caso, en un 50 %.

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 DCE, 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 es la que se produce 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 este Departamento carece de atribuciones para declarar cuál ha de ser la interpretación del contrato, podría llegar a censurarse 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 revisión, que habrá de ser, en principio, el mismo en cada anualidad o período de revisión, 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 DCE 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 a 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 DCE considera contrario a la conducta debida 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 o con otros empleados de la oficina de la que los reclamantes 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 aplicables al préstamo. Si tal circunstancia no se acredita —mediante oferta vinculante y/o FIPER o, en su caso, la FEIN—, el DCE 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 DCE 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 y no al DCE.

— 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, bien por otro tipo de opciones, desarrolladas en el epígrafe 7.12.9 de este capítulo («Reliquidación»). La falta de diligencia por parte de las entidades en la regularización de los recibos mal liquidados constituye mala práctica bancaria.

— Solicitud de que se aplique un tipo de interés negativo, como consecuencia de que el diferencial aplicable no llega a compensar el valor negativo del índice pactado. En tales casos, el Banco de España carece de competencia para realizar un pronunciamiento general respecto a la eventual aplicación de tipos de interés negativos a los productos típicamente bancarios comercializados por las entidades con sus clientes, en la medida en que, para determinar si procede dicha aplicación, habrá que estar a lo que disponga el clausulado del contrato bancario en cuestión.

  En particular, por lo que se refiere a los contratos de préstamo a tipo de interés variable, y en ausencia de previsión específica, habrá que estar, en especial, a los términos en los que se exprese la cláusula o cláusulas en las que se regule el tipo de interés que se ha de satisfacer, y, en concreto, si este se configura como una obligación exclusiva del prestatario, o, por el contrario, cabe interpretar que la voluntad de las partes fue también la de admitir la posibilidad de «tipos negativos» que satisfacer o compensar por parte de la entidad prestamista.

  No obstante, el artículo 21.4 de la Ley 5/2019 establece, para los préstamos o créditos a tipo de interés variable incluidos en su ámbito de aplicación —y formalizados a partir del 16 de junio de 2019—, que el interés remuneratorio en esas nuevas operaciones no podrá ser negativo, por lo que resuelve de manera expresa y definitiva dicha controversia.

Es exigible a las entidades que redacten con claridad las cláusulas que regulan el tipo de interés del préstamo, en particular cuando se trata de préstamos a tipo de interés

variable 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 2021 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 DCE 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 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 consiste en la declaración por este Departamento de la nulidad del tipo de referencia aplicado —por abusivo y porque se trataría de un índice susceptible de manipulación por 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, que 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 o pedir la declaración de nulidad de cualesquiera cláusulas contractuales, al trascender dicha función el alcance de las competencias del DCE.

Para más información sobre la evolución jurisprudencial en relación con este índice y su cláusula de incorporación a los préstamos hipotecarios con consumidores, consúltese el recuadro 2.8.

7.12.2 Primera liquidación de intereses

Es práctica habitual que, cuando el préstamo se firma y se desembolsa en una fecha que no coincide con la del vencimiento de las cuotas periódicas, por los días que median desde la fecha de desembolso hasta la fecha de la primera cuota periódica, 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 en la cuenta del cliente.

Recuadro 2.8

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Sobre el índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH), resulta interesante conocer el análisis que los tribunales han realizado. Partimos de la *sentencia del Tribunal Supremo n.º 669/2017,* de 14 de diciembre de 2017, que señaló que el IRPH, en cuanto que definido legalmente, 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 sus respectivos ámbitos de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda ser susceptible de dicho análisis la cláusula que lo incorpora.

Respecto a la cláusula concreta que incorpora el índice de referencia IRPH-Entidades, el Tribunal Supremo analizaba si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, y si podía ser conocedor de la manera en que se calculaba el interés variable. Y concluye 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, superando por ello la cláusula el control de transparencia exigido.

No obstante, con fecha 16 de febrero de 2018, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona planteó *una cuestión prejudicial (Asunto C-125/2018) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre varios extremos relacionados con el propio IRPH.*

En este contexto, y a resultas de la anterior cuestión, la *sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2019* resolvió lo siguiente:

— Que las cláusulas de los préstamos hipotecarios que fijan el tipo de interés por referencia al IRPH-Cajas están sometidas a la Directiva 93/13, ya que la normativa nacional en vigor no obligaba a las entidades a utilizar uno de los índices oficiales, como era el caso del IRPH.

— Que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, como la cláusula IRPH.

— Que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento del cálculo del tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. En concreto, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario. Para evaluar la transparencia de la cláusula, resulta pertinente el cumplimiento de la normativa de transparencia respecto a la obligación de las entidades de informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de cajas durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible.

— Que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional puede sustituirlo por un índice legal aplicable, a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que dicho contrato no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente prejudiciales.

En fecha más reciente, el 12 de noviembre de 2020, el *Pleno del Tribunal Supremo dictó cuatro sentencias (n.os 595, 596, 597 y 598/2020, de fecha 12 de noviembre) que resuelven sendos recursos de casación relativos al control de transparencia y supuesto carácter abusivo de cláusulas de préstamos hipotecarios que incorporan el IRPH* como índice de referencia del tipo de interés, en las que se declara:

— Que la cláusula contractual que aplica el IRPH está sujeta al control de transparencia, si bien se excluye

de dicho examen que pueda juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo).

— Que la publicación del IRPH en el *Boletín Oficial del Estado* permite a un consumidor medio comprender que el IRPH se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

— Que pueden considerarse excluidos de los parámetros de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del IRPH como la información comparativa respecto a otros índices oficiales.

— Que la falta de información facilitada al consumidor sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la formalización de la operación no implica necesariamente que la cláusula sea abusiva y, en consecuencia, nula.

— Que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no determina su nulidad automática, sino que estas deberán someterse a un juicio sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas, cuyo objeto será determinar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. En este sentido, el Tribunal Supremo concluye:

  • En cuanto a la buena fe, que en la cláusula IRPH parece difícil que pueda vulnerarse, por cuanto:

    i) «la referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos de interés variable»; ii) «en la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso», y iii) «tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones Autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial».

  • En cuanto al desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que pudieran derivarse del contrato, en esencia, que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato, por lo que el hecho de que «en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros no supone desequilibrio determinante del carácter abusivo de las cláusulas, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios».

  • No se ha justificado que el IRPH, fiscalizado en todo caso por la Administración Pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales —como, por ejemplo, el euríbor o el LIBOR—.

El Tribunal Supremo desestimó los cuatro recursos de casación, declarando que la cláusula IRPH analizada, pese a no superar el control de transparencia, no resultaba nula, al no quedar acreditado su carácter abusivo.

Así las cosas, el *Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ibiza,* habida cuenta de las diferentes interpretaciones por los distintos órganos judiciales nacionales tras la sentencia de 3 de marzo de 2019 del TJUE en cuanto a la exigencia de transparencia del IRPH y a las consecuencias de la declaración de nulidad de un préstamo hipotecario, así como por las dudas suscitadas sobre la interpretación que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo de dicha sentencia, *plantearon dos nuevas cuestiones prejudiciales* (de 2 de diciembre de 2020 y de 5 de enero de 2021) ante el tribunal comunitario.

Las referidas cuestiones han sido resueltas mediante dos autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, por los que se señala:

— Respecto a las cuestiones prejudiciales presentadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, el auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021 resolvió lo siguiente:

  • *Que los profesionales pueden no incluir en los contratos celebrados con consumidores la definición completa del índice de referencia que*

sirve para calcular un tipo de interés variable —o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice—, siempre que dicho índice sea objeto de publicación oficial, y siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y de la información facilitada, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el modo de cálculo del índice de referencia y de valorar las consecuencias económicas que tendría para él dicha cláusula.

- *Que a los tribunales de un Estado miembro les incumbe examinar el carácter abusivo de una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, cuando consideren que dicha cláusula no está redactada de manera clara y comprensible.*

- *Que los tribunales de un Estado miembro están obligados a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva, por una cláusula que se remite a un índice previsto por la Ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.*

- *Que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que establezca un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, los tribunales de un Estado miembro pueden sustituir dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contemple esta sustitución para mantener el equilibro de las prestaciones entre las partes, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138).*

- *Que, en los casos en los que la supresión de una cláusula abusiva y de un contrato celebrado con un consumidor provoque que el contrato no pueda subsistir y la anulación del contrato en su conjunto deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, los tribunales de un Estado miembro pueden subsanar la nulidad de dicha cláusula, sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo aplicarse el tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato.*

— En cuanto a las cuestiones prejudiciales presentadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ibiza, el otro auto del TJUE, también de 17 de noviembre de 2021, resolvió lo siguiente:

- *Que la normativa o la jurisprudencia nacional que dispensan de proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia —al menos, durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor— no se oponen al artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, siempre que esa normativa y jurisprudencia permitan al juez comprobar que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, en virtud de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.*

- *Que una normativa o una jurisprudencia nacional que consideran que la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y que, por tanto, corresponde a los tribunales de un Estado miembro determinar si, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes del litigio principal, el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la Ley, y si la cláusula que incorpora tal índice puede causar en detrimento*

del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

- *Que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional puede sustituir dicho índice por un índice legal, a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices producen los mismos efectos, siempre que se cumplan los requisitos del apartado 67 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138),*

- *Que la cuestión prejudicial en la que se pregunta sobre la compatibilidad del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se considera que impide suspender los asuntos conexos a un asunto objeto de petición de cuestión prejudicial, con el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/13 es manifiestamente inadmisible, al no efectuarse ninguna indicación precisa sobre las razones por las que considera que la respuesta a esta cuestión prejudicial es necesaria para resolver el litigio del que conoce.*

Finalmente, el Tribunal Supremo, con fecha 27 de enero de 2022, notificó las tres primeras sentencias (n.os 42, 43 y 44/2022, de fecha 27 de enero), dictadas sobre las cláusulas que incorporan el IRPH como índice de referencia de préstamos hipotecarios, tras los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, antes citados, indicando que:

— *El TJUE ha reiterado que, si un órgano jurisdiccional nacional aprecia la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, como es el caso de las cláusulas que incorporan el IRPH como índice de referencia, debe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido de la Directiva 93/13, esto es, si, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.*

— *El TJUE, en su sentencia de 3 de marzo, estableció dos parámetros de transparencia de este tipo de cláusulas. Según el primero de ellos, la publicación del IRPH en el BOE permitía al consumidor medio comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, de modo que esa publicación salva las exigencias de transparencia.*

— *El segundo parámetro de transparencia establecido por el TJUE fue la información que la entidad prestamista hubiera facilitado al consumidor sobre la evolución pasada del índice. Sin embargo, esta obligación de información ha sido matizada de forma significativa por los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, ya que permiten no entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, porque la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial.*

— *Aunque se considerase que la ausencia de información directa sobre la evolución pasada del IRPH determina la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, debe realizarse el juicio sobre su carácter abusivo. En este sentido, el ofrecimiento por la entidad bancaria de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar la buena fe. Además, el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a otros préstamos.*

— *La evolución del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante para considerar que existió un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Que por el desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros no supone desequilibrio determinante del carácter abusivo, el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran que facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, o asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.*

— *No se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la Administración Pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.*

Recuadro 2.8

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (cont.)

En aplicación de estos criterios, las sentencias hacen los pronunciamientos pertinentes sobre los recursos analizados en cada caso.

Por último, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca ha elevado al TJUE dos nuevas cuestiones prejudiciales mediante autos de fechas 4 y 19 de abril de 2022.

La primera de ellas se basa en la necesidad de un pronunciamiento contundente, claro y preciso del TJUE para aclarar las dudas interpretativas generadas sobre el carácter abusivo de la cláusula IRPH, dada la eventual reinterpretación del derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en sus más recientes resoluciones, que ha sido objeto de denuncias ante la Comisión Europea y también de denuncias penales.

La segunda de ellas se basa en la ocultación a los clientes y el incumplimiento del criterio normativo del preámbulo de la Circular del Banco de España n.º 4/1995, de 22 de julio, en el que se expone la necesidad de aplicar al índice IRPH un diferencial negativo para igualar su TAE con las demás del mercado, por lo que pregunta si dicha práctica es desleal y va en contra de la Directiva 2005/29, y si en tal caso constituiría un indicio del carácter abusivo de la cláusula, de acuerdo con la Directiva 93/2013.

7.12.3 Cálculo de las cuotas

Existiendo varias opciones financieramente válidas, lo 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 por haberse informado antes de 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 en 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, y normalmente utilizado por las entidades, salvo que 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, 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. Esto 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 de la parte amortizada durante todo el período si la amortización 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.

Una herramienta de utilidad para el cálculo de las cuotas del préstamo hipotecario es el simulador ofrecido en el Portal del Cliente Bancario.

7.12.4 Intereses bonificados

Las reclamaciones planteadas ante el DCE en relación con los intereses bonificados han sido motivadas, fundamentalmente, por discrepancias con los intereses resultantes calculados. En el análisis y en la resolución de tales reclamaciones se procedió a la revisión de los cálculos realizados, y se emitieron 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 cualquier caso, 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, pero también los clientes, una vez conocidos estos, deberán prestar atención para cumplir en sus propios términos con las condiciones de vinculación que ellos mismos han aceptado al suscribir el documento contractual.

En todo caso, el DCE estima que, en las comunicaciones de las revisiones del tipo de interés en las que no se aplique la bonificación máxima pactada, deberá detallarse al cliente cuáles son los requisitos de bonificación que no se han cumplido y cuáles han sido las bonificaciones pactadas no aplicadas, en orden a que conozca dicha circunstancia para poder subsanarla.

Algunos ejemplos ilustrativos de expedientes examinados en 2021 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-202116649, la reclamante denunciaba que la entidad le informó de que no cumplía los requisitos que daban lugar a la aplicación de la bonificación

pactada sobre el diferencial de su préstamo hipotecario, penalizándole el tipo de interés en un punto porcentual. En concreto, le dijeron que no cumplía con la domiciliación de ingresos durante el período anterior a la revisión, ya que dejó de percibir ingresos por nómina, pasando a percibir ingresos del INSS en concepto de prestación de «Nacimiento y cuidado del menor».

La entidad alegó que, si bien era cierto que en la escritura se hace referencia en un principio a «ingresos» con carácter general, después, entre paréntesis, se aclara el importe mínimo explícitamente para la nómina o para la pensión, y no se incluye el concepto «prestación», que es lo que supone la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de la buena fe contractual y de las buenas prácticas bancarias, dado que realizó una interpretación interesada y parcial de la cláusula, que le ha permitido no aplicar la referida bonificación a su cliente, ya que la cláusula de bonificación únicamente hablaba de «ingresos domiciliados», si bien entre paréntesis concretaba las cuantías mínimas en el caso de nómina y de pensión. Por lo que, al cumplir la prestación del INSS el requisito de ingreso domiciliado y superar las cuantías mínimas exigidas, obedeciendo además el cambio temporal de nómina a prestación a una contingencia absolutamente habitual para los trabajadores por cuenta ajena —nacimiento de hijo y su cuidado—, no habría una justificación razonable para no aplicar la bonificación.

En el expediente R-202117579, el reclamante denunciaba que la entidad seguía sin aplicarle las bonificaciones pactadas en la escritura inicial, aplicando el tipo de interés conformado por el euríbor más un diferencial de 1,30 %, con el que manifestaba su disconformidad.

La entidad alegó que en la escritura de novación suscrita se modificó el tipo de interés aplicable, pero no las bonificaciones, aplicándose el último euríbor, más el diferencial mínimo del 1,20 %, que podía variar en función de la aplicación de las bonificaciones. Añadía que, por un error de la entidad, no se modificó en su día el sistema de bonificación, y que en la actualidad se estaban aplicando las condiciones firmadas en dicha novación, un diferencial mínimo del 1,20 % con una penalización máxima del 0,50 %, siendo el diferencial máximo del 1,70 %, y el diferencial aplicado del 1,30 % era correcto, pues resultaba de la suma del diferencial base del 1,20 % más 0,10 puntos por no tener contratado seguro de hogar, lo que le fue oportunamente comunicado a la reclamante.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, toda vez que interpretó de manera unilateral e interesada el clausulado confuso en el que se contenían los pactos de bonificación y el tipo de interés aplicables tras la novación, ya que en la escritura de novación no se recogían las bonificaciones, ni tampoco se modificaban, por lo que no quedaba claro que el

1,20 % se tratara de un diferencial mínimo, al que debieran añadirse las bonificaciones como penalización en caso de que no se cumplieran, siendo así que no podía beneficiarse de la oscuridad de una cláusula el responsable de ella, como señala el artículo 1288 del Código Civil, sin perjuicio de que correspondería únicamente a los tribunales la interpretación última del contenido, alcance y eficacia de dicha cláusula.

7.12.5 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. Consideramos oportuno efectuar su análisis en esta sección por las implicaciones que tiene en préstamos hipotecarios.

Esta metodología consiste en la referencia a una base de cálculo distinta en el numerador y en el denominador, considerando en el numerador, como días en los que se habría producido el devengo de intereses, el número de días realmente transcurridos con arreglo al año civil o natural (365 días, 366 si es bisiesto), e incluyendo en el denominador los 360 días de que se compone el denominado «año comercial».

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.

El DCE, conocedor de la evolución de las prácticas del mercado, de los cambios normativos en la regulación del mercado hipotecario, así como de la posición de los órganos jurisdiccionales, consideró que existían razones justificativas para apartarse del criterio tradicional en relación con esta práctica, por el perjuicio que su utilización podría producir en la clientela bancaria. Dicho cambio de criterio se viene aplicando desde la publicación de la *Memoria de Reclamaciones 2016* —el 3 de julio de 2017—, en la que se referían las razones que justificaban dicho cambio:

— 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;

— 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, y

— la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 —actualmente transpuesta a través de la Ley 5/2019—, ya reforzaba claramente los requerimientos de conducta de las entidades, exigiendo actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios.

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 con 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.

El DCE 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 la base que se ha de utilizar para su cálculo, supondría una conducta apartada de las buenas prácticas financieras.

Conviene recordar que un elemento que, en general, permite la comparación —entre entidades que aplican el año natural en el numerador y el comercial en el denominador, o el año comercial o el natural en ambas partes de la fracción— es la tasa anual equivalente (TAE), que, en igualdad de condiciones en cuanto a las comisiones que deben incluirse y el tipo de interés nominal aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo, y proporciona al cliente un imprescindible elemento de juicio a la hora de comparar y de decidir con quién contratar su operación. Puede suceder que la TAE se calcule sin tener en cuenta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada por el DCE contraria a las buenas prácticas bancarias.

7.12.6 Cláusulas suelo

Nos referimos en este apartado a las reclamaciones relacionadas con la existencia en los préstamos y/o créditos hipotecarios 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 Departamento en los años anteriores.

Con fecha 21 de enero de 2017 se publicó el RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante,

el RDL 1/2017), que establece un cauce para facilitar el llegar a un acuerdo extrajudicial 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 la entrada en vigor del referido RDL 1/2017, este Departamento no resulta competente para conocer sobre reclamaciones referidas a cláusulas suelo que se estén tramitando o se hayan tramitado en el marco del procedimiento regulado por el citado RDL 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 2021 relativas a cláusulas suelo ha sido muy residual y circunscrito a determinados supuestos no contemplados en el real decreto-ley referido, en los que ciertas circunstancias relacionadas con un déficit de transparencia informativa o de diligencia han llevado al DCE a emitir pronunciamientos contrarios a determinadas actuaciones de las entidades intervinientes.

Para saber más sobre este procedimiento especial, puede consultarse la información que facilita el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Respecto a los criterios que ha venido manteniendo hasta ahora este Departamento en relación con las reclamaciones por cláusulas suelo, nos remitimos a la *Memoria de Reclamaciones 2018* (pp. 123-124).

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 las memorias de 2017 (pp. 103-106) y de 2018 (p. 125).

No obstante, por su novedad y relevancia, procede indicar que el TJUE, en varias sentencias de fecha 17 de mayo de 2022, parece ir en la dirección de avalar la devolución íntegra a los consumidores de lo cobrado por las entidades de crédito en concepto de cláusulas suelo, incluso si han cobrado ya una parte, como señalaba la doctrina del Tribunal Supremo.

«Los principios procesales nacionales no pueden ser un obstáculo para los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables», afirma el TJUE en dichas sentencias, en las que se pronuncia sobre cuatro peticiones de decisión prejudicial, dos de las cuales fueron presentadas por el Tribunal Supremo.

«El juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y los Estados miembros están obligados a establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas», afirma el TJUE.

En España, el Tribunal Supremo reconoció en mayo del 2013 el carácter abusivo de las cláusulas suelo y ordenó devolver los importes cobrados, pero solo los pagados a partir de esa fecha de 2013, algo que ahora rebate el TJUE.

«El Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios y los circunscribe exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de una cláusula abusiva después del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró ese carácter abusivo», afirma el TJUE.

Además, señala que «se opone a la aplicación de principios procesales nacionales» que impiden a un juez «examinar de oficio» y «decretar la restitución íntegra de esas cantidades».

En 2016, el TJUE ya sentenció que el Supremo no podía limitar en el tiempo la devolución de cantidades, pero quedó pendiente qué ocurría con quienes ya habían reclamado. En la sentencia sobre el otro asunto español, el TJUE afirma que «el consumidor debe poder invocar, en un procedimiento posterior distinto, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario para poder ejercer efectiva y plenamente sus derechos en virtud de la Directiva, con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas».

Finalmente, cabe recordar que la Ley 5/2019, en su artículo 21.3, prohíbe fijar un límite a la baja del tipo de interés en las operaciones con tipo de interés variable.

7.12.7 Intereses de demora

Los intereses de demora de préstamos o de 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 (en adelante, la Ley 1/2013) —artículo 3 y disposición transitoria segunda—), quedando limitado a tres veces el tipo de interés legal del dinero y pudiendo devengarse solo sobre el principal pendiente de pago. El indicado límite máximo será aplicable, con carácter general, tras la entrada en vigor de la citada ley, si bien se prevé 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 que,

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, y 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 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.

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 efectos de la declaración del carácter abusivo y nulidad de este género de estipulaciones.

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

— 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 es abusiva por imponer una cuantía que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

— La validez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato con un consumidor consiste en la supresión total de los intereses de demora, aplicándose solo los intereses remuneratorios.

Por último, debe indicarse que el artículo 25 de la LCCI también contempla la limitación de los tipos de interés de demora a la que nos venimos refiriendo, al establecer expresamente que, «en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».

7.12.8 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. Y 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 aplicable.

Por último, el Real Decreto 309/2019, de desarrollo de la Ley 5/2019, regula en su artículo 8 la información sobre modificaciones del tipo de interés en operaciones a tipo de interés variable y exige que el prestamista informe al prestatario de dicha modificación con una antelación mínima de 15 días naturales respecto a su fecha de aplicación. Dicha información incluirá:

a) La variación del coste total del préstamo que implica dicha modificación.

b) El importe de cada uno de los pagos que deban efectuarse tras la aplicación del nuevo tipo de interés.

c) Los detalles correspondientes al número o a la frecuencia de los pagos si este se modifica por haberse acordado contractualmente.

En el expediente R-202117002, el reclamante denunciaba que, siendo empleado de la entidad reclamada, formalizó una escritura de préstamo hipotecario en la que se pactó un 0 % de tipo de interés mientras mantuviera la condición de empleado y, en caso contrario, se aplicaría el euríbor a un año más un punto, y, tras ser despedido y sin comunicación previa, su tipo de interés pasó a ser de 0,503 %.

La entidad alegó que el préstamo con garantía inmobiliaria suscrito se firmó con su condición de empleado, no resultando por ello de aplicación la Ley 5/2019, por lo que tampoco sería obligatoria la comunicación cuestionada, habiéndose cumplido con lo contractualmente pactado respecto a la aplicación del tipo del 0 % mientras el reclamante fue empleado, y el euríbor más el 1 % una vez que fue despedido.

Este Departamento concluyó que la entidad se ajustó a las buenas prácticas bancarias en cuanto a la modificación del tipo de interés del préstamo hipotecario, dado que tal actuación estaba amparada por los pactos alcanzados por las partes en la escritura de préstamo. No obstante, entendió que podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección del cliente bancario, por cuanto no constaba acreditado que remitiera a su cliente, con 15 días de antelación al cambio del tipo de interés por su baja como empleado, información sobre el nuevo tipo aplicado a su operación, actuando así en contra de lo pactado en la escritura y de lo recogido en el Real Decreto 309/2019, al que expresamente se hacía remisión en el propio contrato.

7.12.9 Reliquidación

Cuando se hace necesaria la reliquidación de un préstamo como consecuencia de errores en su liquidación, o de incumplimientos normativos, 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. En caso contrario, se podría producir un desfase, por 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.

Este Departamento entiende 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. Esto porque, 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.

Serán igualmente válidas otras subsanaciones, como la consistente en devolver al cliente los intereses pagados de más en cada vencimiento, calculados sobre la base

del cuadro de amortización inicial del préstamo, si bien actualizando dichas cuantías con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, o bien con el tipo de interés legal del dinero, sin ajuste de capital pendiente, pero en estos casos 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 comprobar la validez de dicha alternativa de subsanación.

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.

7.12.10 Tasa anual equivalente (TAE). Especialidades de la Ley 5/2019

Las reclamaciones planteadas ante el DCE en lo relativo a la TAE de operaciones hipotecarias[53] tienen su origen, fundamentalmente:

- En entender que no está correctamente calculada.
- En la divergencia entre la TAE informada en la escritura pública de 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 DCE procede a verificar si la TAE está bien calculada. 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 y se emite pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad.

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

53 El Portal del Cliente Bancario ofrece una herramienta de simulación para el cálculo de la TAE de un préstamo hipotecario.

de con los correspondientes gastos iniciales computables, con el tipo aplicable al primer período, que es de interés fijo, y considerando que para el resto de la duración del préstamo va a estar vigente el variable conocido en el momento de formalizar la operación. 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 vencimiento.

Conviene señalar que la Ley 5/2019 introdujo una modificación en el cálculo de la TAE (en concreto, en su anexo II). Así, tras la entrada en vigor de la LCCI, cuando la TAE se tenga que calcular de conformidad con el supuesto adicional regulado en la letra e) del apartado II del anexo II de la ley —esto es, contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo deudor en el período inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo deudor, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador o un tipo de referencia interno convenidos—, para el cálculo de la TAE habrá que partir del supuesto de que, al final del período del tipo deudor fijado, el tipo deudor es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la TAE, en función del valor del indicador o tipo de referencia interno convenidos en ese momento, sin ser inferior al tipo deudor fijado.

También se ha de señalar que, tras la entrada en vigor de la nueva normativa, los prestamistas deben incluir en el cálculo de la TAE los gastos que sean necesarios para obtener el crédito (ventas vinculadas) o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas[54] (ventas combinadas).

En estos casos, el prestamista deberá indicar con claridad en la FEIN, además de las características principales del préstamo, las obligaciones, esto es, la contratación de productos o de servicios que exige al prestatario para obtener el préstamo o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, y su coste —que se deberá incorporar en el cálculo de la TAE—, así como las consecuencias que se derivarían de la cancelación anticipada de estas obligaciones (por ejemplo, posibles penalizaciones en el tipo de interés).

Además, y dado que —según el artículo 17.7 de la citada ley— en las prácticas de ventas combinadas el prestamista está obligado a realizar la oferta de los productos de forma combinada y por separado para que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta y otra, en opinión del DCE será necesario que la información que permite la comparación de ambas ofertas se facilite igualmente en la FEIN. De este modo, la FEIN deberá recoger las características de la oferta por

54 Según establece el considerando 50 de la Directiva 17/2014, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, el coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos que este deba abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista. Debe, por tanto, incluir los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto —exceptuando los gastos notariales— que sea necesario para obtener el crédito (por ejemplo, el seguro de vida) o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas (por ejemplo, el seguro de incendios).

separado y las características de la oferta combinada en términos de obligaciones —incluyendo, en su caso, las consecuencias de su cancelación anticipada— y de coste, incluida la TAE, que deberá facilitarse en ambos escenarios (oferta combinada y separada) como elemento comparador, para que el prestatario pueda valorar debidamente ambas ofertas.

En aquellos casos en los que la operación hipotecaria se ofrece por separado y con la opción de contratar una serie de productos o de servicios que producen una bonificación en el tipo de interés, el DCE recomienda asimismo recoger ambas ofertas en la FEIN, con indicación de las características de cada una de ellas en términos de obligaciones y de coste, lo que implica, asimismo, incluir la TAE de cada oferta.

7.13 Comisiones

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

En los párrafos sucesivos abordaremos el análisis de las comisiones que, habiendo dado lugar a reclamaciones ante este Departamento en 2021, 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 puedan pactarse cualesquiera otras comisiones; en ese 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.

7.13.1 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 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. El artículo 14.4 de la Ley 5/2019 establece expresamente que, «si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista, ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

Esta comisión debe recogerse necesariamente en la FEIN, prevista en los artículos 10 y 14.1 de la Ley 5/2019; concretamente, en su apartado 4), «Tipo de interés y otros gastos» —según se indica en el anexo I de la Ley 5/2019, apartados A), «Modelo de FEIN», y B), «Instrucciones para cumplimentar la FEIN»—, debiendo recogerse como «otros componentes de la TAE» y, en concreto, como gastos que deben abonarse una sola vez. 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 8 de la ley.

7.13.2 Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo

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).

7.13.3 Gastos por reclamación de posiciones deudoras

Véase el apartado «Gastos por reclamación de posiciones deudoras» en el epígrafe 2.6, «Liquidación de la cuenta», de este capítulo.

7.13.4 Comisión por emisión de certificado de cancelación económica de la deuda. Cancelación registral de la hipoteca

El artículo 82 del texto refundido de la Ley Hipotecaria establece que «las inscripciones hechas en virtud de escritura pública podrán cancelarse mediante otra escritura o documento auténtico, en el cual prestará su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación». Por lo que la emisión del certificado de cancelación económica de la deuda hipotecaria por parte de la entidad prestamista y su comparecencia en notaría, si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública, no constituyen sino la prestación del consentimiento del acreedor hipotecario al levantamiento de la hipoteca previamente inscrita en su favor y, por tanto, el

cumplimiento de una obligación legal, motivo por el que tales gestiones no son susceptibles de retribuirse por medio de una comisión.

Por otra parte, el cobro de comisión por la emisión del certificado de saldo cero debe considerarse como quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección del cliente bancario, ya que 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 (en adelante, la Ley 41/2007), establece 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 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. El DCE 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 considerar incluidos 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 indique el cliente, ya que aquí 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 de los 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 DCE 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 del 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) tener autorización para el cargo en cuenta de tales comisiones y gastos.

7.13.5 Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada (reembolso total o parcial) o cancelación

Las reclamaciones presentadas ante el DCE en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por cancelación anticipada superiores a los límites establecidos 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, a 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, cuando la cancelación tenga lugar hasta el 15 de junio de 2019. Las alusiones a préstamos hipotecarios, a los efectos que aquí nos ocupan, incluyen también los créditos hipotecarios.

Por último, numerosas reclamaciones giran también en torno 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, a pagar por la cancelación anticipada de los préstamos en los que se haya pactado, formalizados también a partir del 9 de diciembre de 2007, pero cuando dicha cancelación anticipada tiene lugar con posterioridad al 16 de junio de 2019, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario —ya que, como más adelante se explicará, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, de desarrollo de la anterior, y en vigor también a partir del 16 de junio de 2019, modifica la fórmula de cálculo del

valor de mercado de estos préstamos y, por tanto, de la eventual pérdida financiera para la entidad derivada de dicha cancelación anticipada, que será también de aplicación para todos los préstamos acogidos a la Ley 5/2019 que se hayan formalizado a partir del 16 de junio de 2019—.

Concepto

Se trata de pagar anticipadamente una parte o la totalidad del importe del capital concedido de un préstamo, bien directamente por parte del cliente, en el caso de las amortizaciones anticipadas no subrogatorias, bien por parte de otra entidad que sustituye al antiguo acreedor y paga a este el importe pendiente del préstamo, en el caso de las amortizaciones anticipadas subrogatorias, si bien estas últimas serán siempre totales.

Regímenes aplicables a las amortizaciones anticipadas: comisiones y compensaciones

El régimen legal aplicable a las amortizaciones anticipadas ha ido variando con el tiempo, pasando de uno inicial de comisiones máximas por amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias, vigente hasta el 9 de diciembre de 2007, a un primer régimen general de compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés desde dicha fecha, que dio paso, a su vez, a partir del 16 de junio de 2019, al nuevo régimen de compensaciones vigente en la actualidad, supeditándose el cobro de las compensaciones, tanto en el nuevo régimen de compensaciones como en el anterior de compensaciones por riesgo de tipo de interés, a la existencia de una pérdida financiera para la entidad.

La normativa aplicable en cada caso depende básicamente de la fecha de formalización de las operaciones, así como de la fecha de las amortizaciones anticipadas, del tipo de amortizaciones anticipadas subrogatorias o no subrogatorias de que se trate y de la catalogación de la parte prestataria y/o de los garantes o fiadores como personas físicas, o como personas jurídicas con unas determinadas características.

La fecha de la amortización anticipada será especialmente relevante también para la aplicación de una o de otra fórmula de cálculo de la pérdida financiera de la entidad, como más adelante se explicará.

Esta sucesión de regulaciones diferentes hace que, a día de hoy, muchas de las reclamaciones se continúen resolviendo conforme a regímenes antiguos. Para mayor claridad, puede consultarse el esquema 2.2.

Esquema 2.2

COMISIONES Y COMPENSACIONES APLICABLES EN CASO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA O CANCELACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

	CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4	CASO 5
	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)**	**Subrogaciones de préstamos hipotecarios a tipo fijo (f)**	**Préstamos y créditos hipotecarios concertados a partir del 9.12.2007con personas físicas sobre viviendas o con personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión (b)**	**Préstamos y créditos concedidos a partir del 16.6.2019 (d) a personas físicas o garantizados o afianzados por personas físicas, con garantía real sobre inmuebles de uso residencial o con finalidad de adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (e)**
		[Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 4 o 5]		**[Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 5]**	
Comisión por amortización anticipada subrogatoria	**1 %** (o la comisión pactada si es inferior)	**0,5 %** (o la comisión pactada si es inferior)	**2,5 %** (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				
Comisión por amortización anticipada no subrogatoria	**1 %** (o la comisión pactada si es inferior)		**% pactado**	–	
Compensación por desistimiento	–			Dentro de los cinco 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	–			Dentro de un período de revisión de tipos inferior a doce meses: **0 %**	Tipo de interés fijo: Durante los diez primeros años: **2 %**; Después: **1,5 %**
				Si hay ganancia financiera para la entidad dentro de un período de revisión de tipos superior a doce meses (c): **0 %**	Tipo de interés variable: Durante los tres primeros años: **0,25 %** (g); Durante los cinco primeros años: **0,15 %** (g); Después: **0 %**
				Si existe pérdida financiera y el período de revisión es superior al año: **% pactado o importe de la pérdida**	Cambio de tipo variable a fijo mediante novación o subrogación: Durante los tres primeros años: **0,15 %**; Después: **0 %**
					Resto de casos: **0 %**

FUENTE: Banco de España.

a Fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2003, que posteriormente se tramitó como proyecto de ley y fue aprobado como Ley 36/2003.
b Fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007. A los préstamos hipotecarios que no cumplan las condiciones de esta ley se les aplicará el régimen anterior (Real Decreto-ley 2/2003 y Ley 2/1994, que sigue vigente).
c La finalidad de la compensación por riesgo de interés es compensar por el riesgo de tipo de interés que asume la entidad en el caso de amortización anticipada. Solo se puede aplicar a los préstamos y créditos con riesgo de tipo de interés, es decir, fijos y mixtos, cuyo tipo de interés se encuentre, en el momento de la cancelación o subrogación, por encima del de mercado (siempre que, en el caso de los préstamos a tipo de interés mixto, la revisión de tipos se produzca en un período superior al año).
d Fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019. A los préstamos hipotecarios que no cumplan las condiciones de esta ley se les aplicarán los regímenes anteriores en vigor.
e Las compensaciones que se cobren con ocasión de los reembolsos o amortizaciones anticipadas totales o parciales de los préstamos comprendidos en los tres supuestos (tipo fijo, tipo variable y novación o subrogación de un tercero pasando de un tipo variable a un tipo fijo) no podrán exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con los límites porcentuales previstos para cada uno de ellos.
f Los préstamos hipotecarios a tipo fijo anteriores al 9 de diciembre de 2007 no tienen limitaciones legales respecto a las comisiones por amortización anticipada pactadas, excepción hecha de la amortización anticipada subrogatoria especial del caso 3.
g Supuestos excluyentes entre sí, es decir, en caso de establecerse contractualmente, se debe optar por uno o por otro.

Régimen de compensaciones de la Ley 5/2019

La Ley 5/2019 establece en su artículo 23 un nuevo régimen aplicable a las comisiones y compensaciones de los préstamos incluidos en su ámbito de aplicación, sustituyendo las compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés previstas en los artículos 8 y 9 de la ley 41/2007 por una única «compensación o comisión», con las diferenciaciones que se hacen en el artículo 23, dependiendo de que el préstamo hipotecario sea a interés variable, a tipo fijo, o bien si se trata de un préstamo en el que se pasará de un tipo variable a uno fijo para el resto de la vida del préstamo —caso de novación del tipo de interés o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (Ley 2/1994)—. En todos los casos, fija como límite al importe que se puede cobrar por este concepto la pérdida financiera de la entidad, calculada con los criterios generales previstos en el apartado 8 del mismo artículo 23, y aplicando también, en su caso, los límites percentiles contemplados para cada uno de los tres supuestos. Así:

— En los contratos de préstamo a tipo de interés variable o en los tramos variables de cualquier otro préstamo, cabrá pactar, alternativamente, una de las siguientes compensaciones o comisiones a favor del prestamista:

  • en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los cinco primeros años, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 0,15 % del capital reembolsado;

  • en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los tres primeros años, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 0,25 % del capital reembolsado.

— En los contratos de préstamo a tipo de interés fijo o en los tramos fijos de cualquier otro préstamo, cabrá pactar una compensación o comisión a favor del prestamista:

  • en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los diez primeros años o desde que resulte aplicable el tipo fijo, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 2 % del capital reembolsado;

  • en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo desde el fin del período antes señalado hasta el fin del préstamo, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 1,5 % del capital reembolsado.

— En el caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que suponga en ambos

casos la aplicación durante el resto de la vigencia del préstamo de un tipo fijo en sustitución de otro variable:

- durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo, la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada no podrá superar la pérdida financiera, con el límite del 0,15 % del capital reembolsado;

- transcurridos los tres primeros años de vigencia del contrato, el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna por dicha novación o subrogación de acreedor.

La Orden ECE/482/2019, de desarrollo de la Ley 5/2019, establece en su artículo segundo, apartado diez, una sustancial modificación del método de cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y, en consecuencia, de la pérdida financiera de la entidad, cambiando la redacción del artículo 28 de la Orden/EHA/2899/2011, «Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés».

Según el nuevo método de cálculo (aplicable, desde luego, a los préstamos hipotecarios formalizados a partir del 16 de junio de 2019 incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, pero también a los formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 al amparo de la Ley 41/2007 cuando la amortización total o parcial tenga lugar a partir del 16 de junio de 2019), 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 como la diferencia existente, en el momento de contratación de la operación, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento.

Así, llegado el momento de la efectiva amortización, se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento. El diferencial así calculado se incorporará al documento contractual en todos aquellos préstamos sujetos a la Ley 5/2019. La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España.

Para los préstamos hipotecarios con un tipo fijo inicial y, posteriormente, otros tipos fijos en los distintos períodos del préstamo, el DCE considera, a los efectos del cálculo del valor de mercado del préstamo, que no existen revisiones del tipo de interés. En estos supuestos, los tipos aplicables están prefijados, con independencia

de que puedan variar, en su caso, al alza o a la baja en función de las eventuales bonificaciones pactadas, ya que, para que se considere que hay revisiones en el tipo de interés, debe hacerse depender su determinación de las fluctuaciones del mercado de tipos de interés, y no de actuaciones del cliente de contratación o no de los productos o servicios bonificables, por lo que el diferencial previsto se calculará como la diferencia existente, en el momento de contratación de la operación, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la fecha de su vencimiento.

Por su parte, el tipo de interés de referencia aplicable será, de igual manera, el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la fecha de su vencimiento.

La suma aritmética del tipo de interés de referencia y el diferencial, calculados de la manera expuesta, será el tipo de interés de actualización aplicable para el cálculo del valor de mercado del préstamo, y la diferencia entre dicho valor de mercado y el importe del capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada nos dará como resultado la pérdida financiera o ganancia financiera de la entidad, según se dé el caso, respectivamente, de que el valor de mercado sea mayor o menor que el capital pendiente.

Según se establece en el apartado 8 del artículo 23 de la Ley 5/2019, «el valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión […].»

Los valores del tipo IRS aplicables para el cálculo del valor de mercado del préstamo pueden consultarse en el sitio web del Banco de España.

Anteriores regímenes de compensaciones y de comisiones máximas

Como se apuntaba en los párrafos introductorios de este apartado, con anterioridad a la entrada en vigor del régimen actual de compensaciones coexistían un régimen de compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés, y otros regímenes de comisiones máximas por amortización anticipada subrogatoria y no subrogatoria, que referimos aquí brevemente, remitiéndonos para un mayor detalle a las páginas 135-141 de la *Memoria de Reclamaciones 2018*.

— Para las amortizaciones anticipadas totales y parciales de préstamos formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 por personas físicas y por personas jurídicas que tributen por el régimen de empresas de reducida

dimensión en el impuesto sobre sociedades, se estableció la posibilidad de pactar una compensación por desistimiento máxima del 0,5 % durante los cinco primeros años y del 0,25 % posteriormente, así como de pactar una compensación por riesgo de tipo de interés dentro de un período de revisión de tipos superior a doce meses, aunque condicionando el cobro de esta última compensación a la existencia efectiva de pérdida financiera para la entidad, no pudiendo la compensación cobrada exceder tampoco de la cuantía de dicha pérdida.

— Para los préstamos hipotecarios a tipo variable formalizados a partir del 27 de abril de 2003, no se podrá cobrar por amortizaciones anticipadas subrogatorias una comisión superior al 0,5 %, y para las no subrogatorias, una comisión superior al 1 %, siempre que en ambos casos se hubiera pactado una comisión.

— Para los préstamos hipotecarios a tipo variable formalizados antes del 27 de abril de 2003, no se podrá cobrar por amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias una comisión superior al 1 %, siempre que en ambos casos se hubiera pactado una comisión.

— 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, el Gobierno recomendó en 1996 que las entidades aplicasen voluntariamente un límite del 2,5 % en la comisión por cancelación anticipada.

— Para los préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo anteriores al 9 de diciembre de 2007 no existen limitaciones legales a las comisiones por amortización anticipada no subrogatoria que se hayan pactado.

Resulta reseñable que, a lo largo de 2021, por razones temporales obvias, no se recibieron apenas reclamaciones sobre cancelación anticipada derivadas de los préstamos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019. Sí se han analizado, sin embargo, diversas reclamaciones de préstamos formalizados con fecha anterior y al amparo de la Ley 41/2007, en los que la amortización anticipada se ha producido después del 16 de junio de 2019, sujetos, pues, a la actual fórmula de cálculo de la pérdida financiera. También reclamaciones sobre amortización anticipada de préstamos sujetos a anteriores regímenes aplicables.

Las reclamaciones presentadas ante el DCE en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por amortización anticipada superiores a los límites legales; otras se refieren a la falta de información detallada sobre dichas compensaciones con carácter previo a la contratación del préstamo, o en el momento de consultar a la entidad el potencial coste de la cancelación total o parcial del préstamo. En relación con las deficiencias de información y explicaciones en

esta materia, se exige a las entidades un plus, en la medida en que se ha de explicar el cambio en la fórmula de cálculo del valor de mercado del préstamo y, por tanto, de la pérdida financiera de la entidad y, en definitiva, de las consecuencias económicas que puedan derivarse de ello para el prestatario.

Al respecto, el artículo 23.2 de la Ley 5/2019 prescribe que, «cuando el prestatario manifestase su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del préstamo, el prestamista le facilitará, en el plazo máximo de tres días hábiles, en papel o en otro soporte duradero la información necesaria para evaluar esta opción. En dicha información se cuantificarán, al menos, las consecuencias que tiene para el prestatario la liquidación total o parcial de sus obligaciones antes de la terminación del contrato de préstamo, exponiendo con claridad las hipótesis que se hayan tomado en consideración para su elaboración. Tales hipótesis deberán ser razonables y justificables».

El DCE 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 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.

Si se cuestionara haber informado de la existencia de dicha compensación antes del otorgamiento de la escritura de préstamo, según la actual normativa, resulta exigible acreditar la información previa sobre el método de cálculo de aquella y la advertencia de consultar a la entidad a fin de determinar en su momento el importe exacto, mediante la inclusión de dichos extremos en la FEIN suscrita por las partes con diez días naturales de anterioridad respecto a la fecha de formalización del préstamo.

El establecimiento de un nuevo régimen para el cálculo de la pérdida financiera en el que se elimina la compensación por desistimiento y se limita porcentualmente el importe que se ha de cobrar por compensación por riesgo de tipo de interés, según los supuestos de hecho antes explicados, aconseja, dentro de los estándares de las mejores prácticas bancarias, que las entidades moderen o eliminen el cobro de comisiones establecidas para préstamos hipotecarios contratados antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 —compensación por desistimiento— , así como que se tengan en cuenta los límites vigentes en los casos de reembolso anticipado a los que nos venimos refiriendo, ya que en el régimen de la Ley 41/2007 no se establecía otro límite que la pérdida financiera, todo ello para evitar la aplicación al cliente de un régimen más perjudicial que el actualmente en vigor.

Como caso concreto especialmente significativo por cuanto implica la aplicación retroactiva de la Ley 5/2019 a un préstamo hipotecario anterior a su entrada en vigor e incluso a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, merece comentarse el expediente R-202123343, en el que el reclamante denunciaba que, al subrogar su hipoteca, formalizada en fecha 20 de septiembre de 2002 a tipo de interés variable, la entidad le había cobrado una comisión por cancelación por un porcentaje —del 1 %— que no se correspondía con lo previsto en la Ley 5/2019, dado que, en los supuestos de subrogación de acreedor que suponen la aplicación durante el resto de la vida del préstamo de un tipo fijo en sustitución de otro variable, la entidad no podrá cobrar comisión transcurridos los tres primeros años de vida del préstamo.

La entidad alegó que el préstamo hipotecario del reclamante fue formalizado con anterioridad al 16 de junio de 2019, fecha de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, y antes de la Ley 41/2007 y del 27 de abril de 2003, por lo que la comisión máxima aplicable era del 1 % tanto si se trata de una cancelación por subrogación como si no.

Este Departamento concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia de aplicación, al haber aplicado una comisión del 1 % sobre el capital amortizado anticipadamente, en contra de lo previsto en el artículo 23.6 de la Ley 5/2019, que para los casos de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que suponga la aplicación durante el resto de la vigencia del préstamo de un tipo fijo en sustitución de otro variable, solo permite, en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los tres primeros años, una compensación no mayor que la pérdida financiera, con el límite del 0,15 % del capital reembolsado, al resultar de aplicación retroactiva a todos los préstamos hipotecarios que se encuentran dentro del objeto de dicha ley, con independencia de su fecha de suscripción y de la naturaleza del prestamista.

7.13.6 Comisión por subrogación de deudor

Las entidades pueden pactar una comisión para 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 se da 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.

Las reclamaciones ante el DCE 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.

7.14 Subrogación por cambio de deudor

Una vez formalizado el préstamo hipotecario, las partes quedan obligadas en los términos recogidos en el contrato y cualquier modificación de sus condiciones requeriría el consentimiento de ambas partes. 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, con independencia de las vicisitudes que pudiese experimentar, a lo largo del tiempo, el vínculo que originariamente ligaba a los codeudores entre sí.

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.

Se entiende por subrogación por cambio de deudor la modificación contractual con la 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 de viviendas usadas con subrogación del préstamo que, en su caso, las grava. 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.

7.14.1 Información que se ha de facilitar

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, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional décima de la Ley 5/2019.

7.14.2 Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor

Con anterioridad a la entrada en vigor del régimen previsto en la Ley 5/2019 y su normativa de desarrollo, el artículo 19.3 de la Orden/EHA/2899/2011 establecía la

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:

> «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 precepto, eliminado por la Orden ECE/482/2019, se desarrolla en el anejo 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, no modificado actualmente, 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.»

Actualmente, la disposición adicional sexta de la Ley 5/2019, «Supuestos de subrogación de deudor y novación modificativa del contrato de préstamo», establece que «las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo». Lo que implica la obligación de la entidad de entregar la FEIN, la FIAE y el resto de la documentación precontractual obligatoria al deudor subrogado y al prestatario cuyo contrato sea objeto de novación, con diez días naturales de anticipación respecto a la formalización de la subrogación y de la novación, respectivamente.

En todo caso, el DCE 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. 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 esto 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 Ley 5/2019, 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 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, sin perjuicio de la obligación de entrega oportuna de la FEIN, la FiAE y el resto de la documentación precontractual obligatoria, una vez que la entidad haya autorizado la posterior subrogación en el préstamo del adquirente del inmueble. 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.

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 subrogue 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 Departamento 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.

Como caso especial de subrogación de deudor por ministerio de la ley se encuentra el de los herederos testamentarios que acepten una herencia acogida al Código Civil, en la que figure como pasivo una deuda hipotecaria a cargo del causante, supuesto en el que, una vez hecha la partición, pasarán a ser deudores solidarios de la misma según el artículo 1084.

En el expediente R-202104939 la reclamante discrepaba con la falta de información sobre una subrogación de deudores en el préstamo hipotecario en el que intervino como prestataria no hipotecante, sin su conocimiento y sin su autorización, así como sobre la liberación de algunas de las fincas hipotecadas. Solicitaba que la entidad le hiciera entrega de información y que le emitiera el certificado de deuda cero respecto del citado préstamo hipotecario.

La entidad alegó, en relación con la razón por la que la reclamante no interviene en la escritura de subrogación o cancelación de la responsabilidad hipotecaria de las fincas, que desde la notaría les comunicaron que se trataba de fincas en las que la reclamante no era cotitular, sino únicamente prestataria solidaria, de tal forma que para llevar a cabo la cancelación de la responsabilidad hipotecaria de aquellas cualquiera de los prestatarios solidarios podía escriturar dicha cancelación. Que, respecto a la subrogación, al no ser la reclamante titular de la finca y no ser esta vivienda habitual, no fue necesaria su intervención en dicha escritura de subrogación, añadiendo que sobre la certificación de saldo cero del préstamo, una vez producida la subrogación, la entidad no podía facilitarle información de dicho préstamo, pues tanto la reclamante como el otro prestatario quedaron liberados de las responsabilidades que asumieron en su día.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias por cuanto no quedó acreditado que informara a su cliente, en su condición de deudora solidaria de la operación de préstamo hipotecario, acerca de la formalización de la escritura de subrogación y novación de dicho préstamo, que le liberaba de dicha condición. Y en cuanto a la solicitud de entrega de un certificado de deuda cero, dado que la deuda hipotecaria nunca fue cancelada, sino que terceras personas se subrogaron en la posición de deudores, estimó que no era posible que la entidad emitiera dicho certificado con fecha de dicha subrogación. Respecto a la invocada falta de consentimiento a dichas operaciones, dado que fueron formalizadas ante notario, el DCE entendió que no tiene competencias para opinar en relación con la necesaria intervención o no de la reclamante en las operaciones, puesto que esta cuestión excede de la normativa de transparencia bancaria.

En el expediente R-202115424 la reclamante denunciaba que, tras el fallecimiento de su marido, inició los trámites para darlo de baja en las cuentas que compartía, y

que, en un principio, la entidad le indicó que se iniciaban los trámites para ello. Por ello se desentendió, pero al recibir este año el justificante de la declaración de la renta ha advertido que su marido fallecido sigue apareciendo como cotitular. La entidad le da como solución que efectúe una novación del préstamo hipotecario, cobrándole gastos, pero la reclamante no desea llevar a cabo dicha novación ni cancelar la cuenta vinculada, sino únicamente dar de baja de la cuenta y del préstamo a su marido sin ningún coste.

La entidad alegó que el esposo de la reclamante falleció, resultando dos legitimarios —sus dos hijos, eventuales herederos— y una heredera fiduciaria —su esposa, la parte reclamante—. Y que en el año 2010 el fallecido y su esposa se obligaron solidariamente a la devolución de un préstamo con garantía hipotecaria, y que el fallecimiento de uno de los deudores no supone su «eliminación» de la relación contractual, ya que para realizar tal gestión debe contarse con el consentimiento del acreedor (que lo prestará o no en función de un nuevo estudio de la operación) o bien todos los herederos deben figurar ya como obligados solidarios, no siendo este el caso. Con respecto a la cuenta de efectivo, alegaba que tampoco se puede «eliminar» sin más a un fallecido, sin contar con el consentimiento de todos sus herederos (incluidos los dos legitimarios).

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, al haber impuesto la novación del préstamo hipotecario para poder efectuar la sustitución del titular fallecido en el contrato, a pesar de que para la baja del cotitular fallecido del préstamo hipotecario y su sustitución por sus dos hijos legitimarios no se precisaba sino acreditar la aceptación de la herencia por dichos herederos o por su representación legal, y esto podía hacerse de la misma manera en la cuenta a la vista vinculada. También se apreció mala práctica por cuanto no constaba que hubiera prestado ningún tipo de explicación a su cliente en relación con la situación en la que se encontraba el expediente de testamentaría, hasta la presentación de la reclamación, así como por no haber actuado con diligencia y transparencia ante su solicitud, mostrando una voluntad inequívoca de atender sus pretensiones.

7.15 Subrogación de entidad acreedora

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, de conformidad con la Ley 2/1994, la parte deudora también podrá subrogar a la prestamista por otra 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. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario.

De conformidad con la redacción dada al artículo 2 de la Ley 2/1994 por la disposición final tercera de la Ley 5/2019, una vez presentada la oferta vinculante por la nueva entidad, en el plazo de 15 días naturales desde la entrega de la certificación del débito pendiente, la entidad acreedora podrá ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos que estime convenientes. Durante ese plazo, no podrá formalizarse la subrogación, pues el deudor deberá decidir voluntariamente si formaliza o no la modificación de las condiciones del préstamo ofrecida por la entidad acreedora. Además, ya no se exige que la entidad acreedora iguale o mejore las condiciones de la oferta vinculante, sino que la novación se efectúe en los términos que esta estime conveniente. La subrogación pretendida por la otra entidad solo quedará enervada si el deudor formaliza en plazo la novación modificativa.

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

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

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

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

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

En este caso, 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.

Esto es así porque la redacción del artículo 2 de la Ley 2/1994, anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, establecía que la entidad que se pretende subrogar en la posición de la primera entidad acreedora debía 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». No obstante, este precepto no contenía unos criterios de homogeneización ni las condiciones necesarias para que la comparación entre las condiciones originales del préstamo y las nuevamente ofrecidas pudiera realizarse de manera objetiva e inequívoca.

Ante la indefinición o la falta de concreción de los criterios de homogeneización y de comparación en el artículo 2, el DCE ha venido considerando, respecto a las reclamaciones presentadas al amparo de la normativa anterior, que, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, la mejora debía 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 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 esto 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.

En el expediente R-202114422 el reclamante denunciaba que, en el curso de la subrogación de otra entidad en el préstamo hipotecario que mantenía con la entidad reclamada, la gestora de la entidad reclamada le ofreció una mejora de condiciones consistente en un interés del 1,35 %, con las bonificaciones que ya tenía, a 25 años, frente al 2,9 % que venía abonando. Dada la mejora de condiciones, paralizó los trámites de subrogación de acreedor y aceptó la nueva oferta. No obstante, una vez realizados los trámites y gestiones para continuar con su misma entidad, en el último momento, la gestora le indicó que el tipo de interés era del 1,55 % y no del 1,35 %, como le habían prometido.

La entidad alegó que la reclamante solicitó un estudio para valorar una posible novación del préstamo hipotecario vigente, e intercambió conversaciones en varias citas, tanto presenciales como telefónicas, negociando las nuevas condiciones;

adjuntaba el hilo de mensajes intercambiados entre la reclamante y la oficina titular, donde se reflejaba que habían acordado concertar nueva cita para que la operación siguiera su curso.

Este Departamento concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia bancaria, y protección a la clientela, y que se habría apartado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no quedó acreditado que entregara la oferta vinculante para enervar la subrogación, prevista en el Real Decreto 716/2009, ni tampoco que hubiera formalizado la novación del préstamo con su cliente para la aplicación de las condiciones que le comunicó por correo electrónico dentro de los 15 días naturales siguientes a la entrega de la certificación del saldo pendiente, como contempla la redacción actual del artículo 2 de la Ley 2/1994.

7.15.2 Discrepancias en las condiciones de subrogación por parte de la nueva entidad acreedora

En este caso el cliente entiende que las condiciones recogidas en la escritura de subrogación de acreedor no se ajustan a las ofrecidas en su momento por la entidad subrogante, que le hicieron cambiar de entidad prestamista.

En el expediente R-202117923 el reclamante solicitó a la entidad una corrección del capital y del plazo de amortización recogidos en la escritura de subrogación de préstamo con garantía hipotecaria suscrita, denunciando que nunca solicitó la ampliación de ninguno de estos conceptos; exigía que la entidad ajustara su actuación a la normativa, en concreto, al artículo 4.1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios.

La entidad alegó que el cliente era parte interviniente en la escritura de subrogación acreedora, y que se había mostrado conforme a los términos de esta.

El DCE consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia bancaria y protección de la clientela (art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo), por cuanto no quedó acreditada la oportuna entrega de la oferta vinculante al cliente y no se pudo comprobar si las condiciones recogidas en la escritura de subrogación se correspondían con las condiciones informadas a la parte reclamante a través de la oferta vinculante, o si, como manifestaba el reclamante, se produjo un error en las condiciones reflejadas en la citada escritura.

7.15.3 Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación

Ante el DCE 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 por 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 en la letra a), la emisión del certificado viene establecida en la Ley 2/1994, artículo 2, párrafo 3.º, que se pronuncia en los siguientes términos: «[...] 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 esto, el DCE 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 que, para que el cambio subjetivo se produzca, debe realizarse un pago de una entidad de crédito a otra. Por ello, es criterio del citado DCE 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, de que se produzca el posible cobro de una comisión por cancelación anticipada, o de que tenga lugar la compensación por desistimiento o la compensación por riesgo de tipo de interés, o bien la compensación por reembolso anticipado de préstamos a

tipo fijo, a tipo variable o cuando se produzca la novación o subrogación previa de un tercero como acreedor con resultado de tipo fijo hasta el vencimiento del préstamo, en estos últimos casos al amparo de la Ley 5/2019. Respecto a los gastos referidos en la letra e), el DCE 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. En este caso, no obstante, deberá preverse en dicho documento, expresamente, la facultad de la entidad de compeler al cliente a dicha elevación en cualquier momento si fuera preciso, en particular si fuera necesario ejecutar la deuda, debiendo el prestamista, en tal caso, afrontar los gastos.

En el expediente R-202110772 el reclamante denunciaba que firmó el 30 de diciembre de 2020 ante notario una subrogación de acreedor en préstamo hipotecario, siendo la entidad subrogante la que abonó el importe que se debía en ese momento según el certificado de deuda emitido por la entidad reclamada subrogada. No obstante, declaraba que la entidad reclamada continuó cobrándole los intereses del préstamo hipotecario, desde el 31 de diciembre de 2020 hasta el 25 de enero de 2021.

La entidad alegó que el día 30 de diciembre de 2020 se recibió en su cuenta corriente el importe del débito pendiente del préstamo, y que posteriormente, el 31 de diciembre de 2020, se devengó del mes de diciembre. Añadió que para la cancelación del préstamo necesitaba el reembolso de los gastos (impuesto, notario, registro, gestoría…) que le correspondían, cosa que no ocurrió hasta el 25 de enero de 2021, siendo ese mismo día cuando canceló el préstamo, devengando los intereses pendientes de forma prorrateada.

Este Departamento concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, al haber cobrado intereses no pactados durante el período comprendido entre el momento en que se formalizó la subrogación de acreedor y se abonó el débito pendiente del préstamo, el 30 de diciembre de 2020, y la cancelación del préstamo hipotecario, el 25 de enero de 2021.

7.15.4 Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación

No es indiferente para el cliente, desde el punto de vista patrimonial, la fecha de aplicación de las nuevas condiciones, en la medida en que, lógicamente, deberían ser más favorables para la parte prestataria que las vigentes hasta entonces. Si bien la normativa en vigor hasta el 16 de junio de 2019 no establecía un plazo para llevar a cabo la novación, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCE 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.

Afortunadamente, la modificación operada en la redacción del artículo 2 de la Ley 2/1994 por la disposición final tercera de la Ley 5/2019, antes referida, resuelve dicha cuestión, al exigirse que la formalización de la novación modificativa con la primitiva acreedora se lleve a cabo dentro de los 15 días naturales siguientes a la entrega del certificado de saldo pendiente a la entidad que pretende la subrogación.

7.15.5 Demora en la entrega de la oferta vinculante

En algunos casos se han planteado reclamaciones ante el DCE en atención al quebrantamiento flagrante, por parte de las entidades, de la normativa de aplicación, al enervar la subrogación pretendida por otra entidad, demorando así injustificadamente la emisión de la preceptiva oferta vinculante que igualase o mejorase la oferta de dicha entidad e, incluso, llegando a afirmar la entidad, sin base suficiente, que su oferta contenía mejores condiciones financieras que las ofrecidas por la otra entidad.

7.16 Productos vinculados y combinados

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, como regla general, las entidades, según el artículo 17, no podrán obligar a contratar productos vinculados para la concesión de préstamos hipotecarios o personales para la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, salvo que se pruebe que suponen un beneficio para el cliente y sean autorizados por la autoridad competente. Respecto de la TAE que se ha de informar cuando se producen contrataciones combinadas o vinculadas con préstamos hipotecarios, véase el epígrafe 7.12.10, «Tasa anual equivalente (TAE). Especialidades de la Ley 5/2019».

Como excepción, se podrán exigir los seguros de amortización y de daños, pero la entidad deberá admitir pólizas alternativas de otros proveedores con condiciones y nivel de prestaciones equivalentes tanto en la suscripción inicial como en cada una de las renovaciones, no pudiendo el prestamista cobrar comisión o gasto alguno por el análisis de las pólizas alternativas que le presente el prestatario.

La aceptación por el prestamista de una póliza alternativa distinta de la propuesta por su parte no podrá suponer empeoramiento de las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo.

Asimismo, el prestamista podrá vincular el préstamo a la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro —por parte del prestatario, su cónyuge, su pareja de hecho o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado— siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar

reembolsos del préstamo, pagar intereses de este o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago. En dicho supuesto, el cliente deberá recibir información precisa y detallada.

En las prácticas vinculadas que autorice la autoridad competente, el prestamista informará al prestatario, expresa y de manera comprensible:

— De que está contratando un producto vinculado.

— Del beneficio y del riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación.

— De los efectos que, en su caso, la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios vinculados.

Debe destacarse que la Ley 5/2019, en las «Instrucciones para cumplimentar la FEIN» (anexo I, parte B), indica en su sección 8, «Otras obligaciones», apartados 1-3, lo siguiente:

> «1. En esta sección, el prestamista indicará las obligaciones pertinentes, tales como la obligatoriedad de asegurar el bien, contratar un seguro de vida, domiciliar la nómina o adquirir otro producto o servicio. Para cada obligación, el prestamista especificará frente a quién se asume esta y en qué plazo debe satisfacerse.
>
> 2. El prestamista especificará la duración de la obligación (por ejemplo, hasta el final del contrato de crédito). El prestamista especificará, para cada obligación, todos los costes que deba pagar el prestatario y que no estén incluidos en la TAE.
>
> 3. El prestamista deberá indicar si, para obtener el crédito en los términos establecidos, son obligatorios para el prestatario servicios accesorios y, en caso afirmativo, si el prestatario está obligado a adquirirlos al proveedor preferido del prestamista o puede adquirirlos a un proveedor de su elección. Si esta posibilidad está supeditada a la condición de que los servicios accesorios reúnan unas características mínimas, el prestamista describirá esas características en esta sección.»

Por otra parte, se permiten las ventas combinadas de préstamos, respetando los límites que expondremos a continuación.

El prestamista realizará la oferta de los productos de forma combinada y por separado, de modo que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta

y otra. Antes de la contratación de un producto combinado, el prestamista informará al prestatario de manera expresa y comprensible:

a) de que se está contratando un producto combinado;

b) del beneficio y de los riesgos de pérdida, especialmente en los productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación, incluyendo escenarios simulados;

c) de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios;

d) de los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios combinados, y

e) de las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado.

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.

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—) sean cuestiones ajenas que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

Por el contrario, este Departamento 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 asociado 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 consientan en mantener contratados los seguros suscritos con la formalización del préstamo tiempo después de haber cancelado este, permaneciendo el cliente durante dicho tiempo como primer beneficiario de la cobertura pese a que se habían extinguido sus derechos y obligaciones como acreedor, sin que se le hubiera advertido de estas circunstancias.

Para los préstamos acogidos a la Ley 5/2019, el artículo 23.2 establece a estos efectos que, en los casos de reembolso anticipado, «en particular, se extinguirá el contrato de seguro accesorio al de préstamo del que sea beneficiario el prestamista, salvo que el prestatario comunique expresamente a la compañía aseguradora su deseo de que el contrato de seguro mantenga su vigencia y designe para ello un nuevo beneficiario, teniendo derecho el prestatario al extorno de la parte de prima no consumida por parte de quien la percibió. Se informará de estos derechos en la documentación precontractual y contractual del préstamo inmobiliario y del contrato de seguro. Se entenderá por seguro accesorio aquel que haya sido ofrecido por el prestamista al prestatario junto con el contrato de préstamo con la finalidad de cubrir los riesgos que pudieran afectar a su capacidad de reembolso del mismo».

Debe aquí significarse que, en los casos en los que un producto combinado se cancela por causas ajenas al prestatario, el DCE entiende que, en orden a evitar que se vean frustradas las legítimas expectativas de bonificación del cliente al contratar el préstamo hipotecario, la entidad debe ofrecerle un producto bonificable similar al cancelado, a fin de que pueda seguir beneficiándose de la bonificación, que pudo haber influido decisivamente en la voluntad de suscribir el préstamo.

Por lo demás, en relación con los productos de inversión o de seguros, la competencia del DCE se centra en valorar si su comercialización asociada al préstamo y el resto de las actuaciones de la prestamista en relación con ellos tienen en cuenta los requisitos y el resto de los preceptos previstos en la norma sobre productos vinculados o combinados, en tanto en cuanto están relacionados de una u otra manera con el préstamo, y en valorar la actuación de la entidad como depositaria de los fondos de sus clientes y, por tanto, en comprobar si todos los movimientos que las entidades registran cuentan con el preceptivo consentimiento de su titular.

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.), sería en principio competencia de la CNMV.

Del mismo modo, respecto a la formalización, la interpretación, la ejecución y la cancelación de contratos de seguro y de planes o fondos de pensiones, la competencia en principio correspondería a la DGSFP, que, a estos efectos, tiene sus criterios publicados en su sitio web.

En el expediente R-202105265 el reclamante denunciaba que, tras subrogarse en un préstamo hipotecario concedido por la entidad, esta le había cobrado durante once meses las cuotas de un seguro de vida asociado a dicho préstamo, del que nunca había sido titular, siendo así que en el Registro General de Contratos de Seguros de Cobertura del Ministerio de Justicia no constaba ninguna póliza de seguro a su nombre, por lo que solicitaba la devolución de todas las cuotas del seguro.

La entidad alegó que, con independencia de que los seguros se contrataran a través de una sucursal de la entidad, era la compañía aseguradora quien tenía entre sus competencias la facultad de asegurar, modificar y/o anular las pólizas. Y que, al tramitarse la subrogación de hipoteca, se subrogó también el seguro de vida existente y, tras la solicitud del cliente, se canceló el seguro colectivo, por lo que si el cliente lo considera oportuno puede reclamar ante la compañía aseguradora.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, al no haber instado la cancelación del seguro del anterior prestatario en el momento de la subrogación del nuevo deudor, ni haber ofrecido a este la posibilidad de contratar un nuevo seguro en el que constase como asegurado, y por haberle incluido sin su consentimiento como nuevo titular del seguro cuestionado, sin perjuicio de que la supuesta contratación irregular del seguro de vida a nombre del reclamante se incluyese en el ámbito de competencia de la DGSFP.

Asimismo, estimó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección a la clientela de servicios bancarios, por su negativa injustificada a devolver los recibos del seguro cuestionado de los últimos trece meses —operaciones de pago no autorizadas—; en concreto pudo incumplir el artículo 43.1 del RDL 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante, RDLSP).

En el expediente R-202116937 el reclamante denunciaba que la entidad le impuso de manera poco transparente la contratación de un seguro de protección de pagos, por lo que solicitó dar de baja dicho seguro y la devolución de su importe, sin que la entidad hubiera accedido, poniendo de manifiesto que el seguro no aparecía en la escritura de préstamo hipotecario.

La entidad alegó que en el apartado «4. Vinculaciones y gastos preparatorios» de la ficha de información previa (FIPRE), firmada y entregada al cliente antes de

la contratación del préstamo, incluyó información sobre las consecuencias de la no contratación del Seguro de Pagos Protegidos, desprendiéndose del texto que se concedería el préstamo independientemente de que los prestatarios contratasen un seguro de protección de pagos y que la única consecuencia sería la diferencia en el tipo de interés aplicable en la primera fracción temporal: 2 % si se contrataba y 2,5 % si no se contrataba. Añadía que también en la información personalizada (FIPER), en el apartado «7. Vinculaciones y otros costes», figuraba la bonificación antes explicada, y no se trataba de operaciones o contratos vinculados como tal, sino más bien combinados bonificables. En cuanto a la facultad de resolución del seguro, la entidad alegó que en el boletín de adhesión se estableció tanto la duración del seguro como el derecho de resolución anticipada, pero solo si se cumple una cualquiera de las condiciones pactadas en dicho boletín.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, ya que, si bien la FIPRE indicaba que, en caso de no contratar el seguro controvertido, el tipo de interés del primer año aumentaría hasta un 2,5 %, tanto en la escritura como en la FIPER se establecía que el tipo de interés del primer año sería del 2 %, sin especificar si el mismo podría aumentar. Y, en relación con la negativa a la devolución del recibo del seguro, se estimó que la entidad se ajustó a dichas buenas prácticas y usos bancarios, ya que la orden de devolución se cursó pasado el plazo de devolución de 8 semanas previsto en el RDLSP.

En el expediente R-202111036 el reclamante denunciaba que, a efectos de beneficiarse de una bonificación del tipo de interés, contrató el seguro de hogar comercializado por la entidad, pero que la compañía aseguradora procedió a rescindir el contrato de forma unilateral, y que desde ese momento la entidad prestamista dejó de aplicarle la bonificación correspondiente, aunque la cancelación del seguro había sido por parte de la compañía y no por su voluntad.

La entidad alegó que el contrato de préstamo establecía las condiciones para la bonificación del tipo de interés, acordándose por la aseguradora posteriormente la segregación de parte de su negocio en favor de otra seguradora, lo que afectó a la póliza de seguros de los reclamantes, de lo que los clientes fueron informados. Invocaba la inadmisibilidad por falta de competencia del DCE, porque la reclamación debería ser analizada por la DGSFP. Añadía que la entidad y la aseguradora, aunque del mismo grupo, son personas jurídicas distintas, y que esa entidad no estaba obligada a ofrecer otro seguro análogo con calidad de bonificable.

El DCE concluyó que, aunque respecto a la cancelación y resolución del seguro de hogar no era posible emitir un pronunciamiento, por corresponder esto a la DGSFP, la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, dado que, en orden a evitar que se vieran frustradas las legítimas expectativas de bonificación del cliente al contratar el préstamo hipotecario, debería haber ofrecido un producto bonificable similar al cancelado por causas ajenas al reclamante, y porque no constaba

acreditado que, tras la revisión, hubiera informado a su cliente del incumplimiento de las condiciones para la bonificación en el tipo de interés.

En el expediente R-202114722 el reclamante denunciaba que la entidad le obligó a contratar un seguro de vida y un seguro de hogar, además de los servicios de una empresa de alarmas, para poder formalizar un préstamo hipotecario en el año 2019, con la indicación verbal de que en el momento en que cancelara dicho préstamo hipotecario podría cancelar los seguros, pero que no se le ha permitido cancelarlos, al igual que tampoco su cuenta bancaria asociada al préstamo, pues en ella están domiciliados los pagos de los seguros contratados.

La entidad alegó que el reclamante contrató, con ocasión de la formalización de su préstamo hipotecario, dos seguros trienales, de hogar y de vida, asociados al inmueble hipotecado y al préstamo ya cancelado, que podrá no renovar a su vencimiento, así como un seguro de alarma que podrá cancelar cuando desee. Añadía que la cuenta solo podía cancelarse tras la cancelación de los productos vinculados: los dos seguros, uno tercero de hogar sobre inmueble diferente, y una tarjeta de crédito.

Este Departamento concluyó que la entidad incurrió en una actuación apartada de las buenas prácticas bancarias al mantener la contratación de los seguros de hogar y vida, vinculados al préstamo hipotecario cuestionado, con posterioridad a la cancelación de este, sin que hubiera advertido oportunamente a su cliente sobre la alternativa de cancelar los seguros en ese momento, lo que hubiera evitado el cargo en cuenta de las primas mensuales desde dicha fecha en el caso de que el cliente hubiera decidido cancelarlos entonces.

Con relación a la cancelación de la cuenta bancaria asociada, se estimó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias en la medida en que no facilitó a su cliente las instrucciones oportunas para poder cancelarla, condicionando improcedentemente dicha cancelación a la no renovación de los seguros a su vencimiento, siendo así que además uno de los seguros de hogar no podía considerarse como contrato vinculado, al ser la aseguradora una persona jurídica diferente a la entidad, aunque de su grupo.

En el expediente R-202127334 el reclamante denunciaba que, cuando formalizó una escritura de préstamo hipotecario, así como un seguro de hogar de la vivienda hipotecada, en el momento de la negociación de la operación la entidad le ofreció la posibilidad de contratar un seguro de hogar, informándole de un importe de la prima anual, pero posteriormente, en el momento de formalizarse la hipoteca, el precio del seguro ofrecido era muy superior, y solicitaba que la entidad le aplicase las condiciones y el precio inicialmente ofrecidos.

La entidad alegó que ofreció a la parte reclamante la posibilidad de contratar el producto controvertido para bonificar y reducir el tipo de interés aplicable a la

operación, pero que en ningún caso se le obligó a contratarlo, no existiendo ningún documento vinculante previo al contrato, pues la tarificación a la que hace referencia es de carácter informativo, tal y como se indica en el referido documento. En conclusión, señalaba que se había limitado a cumplir las condiciones inherentes en el contrato, aceptadas por ambas partes.

Este Departamento concluyó que, en relación con el incremento de la prima del seguro de hogar cuestionado, la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, dado que, sin mediar justa causa, procedió a la modificación de las condiciones inicialmente comunicadas respecto al seguro de hogar ofrecido en un documento informativo previo, pactadas además en el contrato de préstamo, creando con ello falsas expectativas de bonificación a su cliente, y no constaba acreditado que entregase la FIPRE ni el resto de la documentación precontractual prevista en el artículo 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, informándole de forma clara y suficiente sobre las condiciones y los gastos de la formalización de la operación.

7.17 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, protagonizadas a menudo por las entidades financieras originadoras de esa deuda y por sociedades habitualmente participadas por fondos de inversión, cuando se han generado las controversias entre entidad cedente y deudor cedido, dirigiéndose al DCE una variedad de reclamaciones. Estas reclamaciones se han examinado en esta sede exclusivamente desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias y de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

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).

En cuanto a los requisitos para que la cesión produzca efectos frente al deudor y frente a terceros, debemos distinguir los aplicables al primero y a los segundos, siendo los más relevantes, a nuestro juicio, los que siguen:

— Así, respecto del 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 satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». Sin embargo, la notificación al deudor, ya sea notarial o judicial, no es, en nuestro derecho, requisito que perfeccione la cesión, según ha reiterado nuestra jurisprudencia, citándose por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, que establece en su fundamento jurídico primero lo siguiente: «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, y 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.

Dentro de la esfera de sus competencias, el DCE ha valorado en diversos expedientes resueltos en 2021 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 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.

Así, en aquellos casos en los que se ha planteado ante el DCE 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, se 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 plantearla ante los tribunales de justicia, por cuanto el DCE carece de atribuciones para efectuar ese género de declaraciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el DCE entiende que, desde una perspectiva estrictamente circunscrita a las buenas prácticas y a la 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 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 DCE 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 la 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.

No obstante, existe una potestad reconocida al deudor por el artículo 1535 del Código Civil, según el cual, «vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá

derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa a este. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

En relación con el eventual derecho de extinción de los créditos cedidos, dicha cuestión deberá plantearse ante los tribunales de justicia, al competer a estos, en exclusividad, la valoración de la concurrencia o no en cada caso de los requisitos exigibles para su ejercicio por el deudor cedido; a saber: que se lleve a cabo en el plazo de nueve días desde que el cesionario le reclame el pago, la naturaleza litigiosa de los créditos y el carácter determinado del precio, valoración que excede de las competencias del DCE.

Sobre dicha temática, en el expediente R-202116522 el reclamante denunciaba que había solicitado infructuosamente en diferentes ocasiones y a varias oficinas de la entidad, así como al Servicio de Atención al Cliente, el extracto de movimientos de la cuenta de su préstamo desde su apertura, información que necesitaba para conocer la evolución de su deuda desde el inicio, con especial atención a los ingresos realizados en la cuenta del juzgado, con la intención de ponerse al día con la deuda pendiente.

La entidad alegó que, aparte de las explicaciones ofrecidas en su carta de contestación, aportaba extracto de los últimos años de la cuenta vinculada al préstamo hipotecario, por lo que entendía satisfecha la solicitud del reclamante, y que, si deseaba conocer más datos relacionados con la deuda del préstamo, debería dirigir su consulta a su actual acreedor, dado que el préstamo fue cedido a un tercero. Añadía que constaba carta de comunicación de la cesión dirigida de forma personalizada al deudor del préstamo, por lo que entendía que, para cualquier reclamación sobre impagos, deuda y cantidades debidas, el cliente debería dirigirse a la entidad cesionaria, pues según el artículo 347 del Código de Comercio el deudor queda obligado con el nuevo acreedor (el cesionario) en virtud de la notificación realizada.

Este Departamento concluyó que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias, por faltar a la transparencia informativa debida a su cliente, ya que no le facilitó el extracto de movimientos del préstamo hipotecario, ni con anterioridad a encomendar la gestión de este a un tercero ni con posterioridad, impidiendo así que la parte reclamante conociera la situación de su préstamo hipotecario y la evolución, así como por facilitar información confusa acerca de la titularidad del préstamo, cuya cesión no había quedado acreditada, al limitarse a comunicar que había cedido la gestión a dicho tercero.

Durante el año 2021 se ha observado que, en algunos casos, las entidades han cedido préstamos hipotecarios sin tener en cuenta los derechos que pudieran existir

a favor de los prestatarios en función de la posible aplicación del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Sobre esta cuestión, se realiza un desarrollo más amplio en el epígrafe sobre deudores hipotecarios sin recursos.

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, el emisor del título hipotecario (cedente) conservará la custodia y la administración del préstamo o crédito hipotecario, y «[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 del DCE, la titulización del crédito hipotecario no exime a la prestamista 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 de 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.

En relación con dicha titulización de préstamos y créditos hipotecarios es menester señalar que la sentencia del Tribunal Supremo núm. 708/2021, de 20 octubre, secundando la opinión de la mayoría de las audiencias provinciales, entiende que la entidad bancaria que concedió el préstamo o crédito hipotecario, y que posteriormente lo titulizó mediante la emisión de participaciones hipotecarias, tiene plena legitimación activa para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago, ya sea mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria —que será lo habitual—, ya sea mediante juicio declarativo ordinario, lo cual no obsta a que el titular de la participación esté también legitimado, si no recibe los pagos a que tiene derecho con base en la participación, en cuyo caso la legitimación puede ser conjunta con el emisor si este promueve el procedimiento, o «por

subrogación», si el emisor no promueve el proceso, o si, promovido por el emisor, queda paralizado.

Esto es debido a que la cesión de los créditos al fondo de titulización es una cesión atípica —«sui generis», en palabras del alto tribunal—, en tanto que i) el instrumento jurídico para articular la transferencia del crédito, de la entidad acreedora al fondo, no es el contrato (civil) de cesión, sino un título hipotecario [art. 15 de la Ley del Mercado Hipotecario (LMH)] a través del cual los créditos hipotecarios circulan en los mercados financieros; ii) la entidad emisora conserva tanto la cualidad de acreedor hipotecario como la obligación de custodia, administración y realización de cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del préstamo o crédito hipotecario titulizado, con independencia del porcentaje (parcial o nulo) de titularidad que el banco ostente sobre el préstamo participado, por lo que no rigen las reglas aplicables a la cesión ordinaria de créditos, entre otros, el artículo 149 III de la Ley Hipotecaria («[e]l cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente»), pues la posición del titular de las participaciones hipotecarias no es la que resulta de un cesión ordinaria.

Por último, hay que señalar que, si bien el Tribunal Supremo articula su respuesta a la luz de la LMH de 1981, cuya derogación está prevista para el 8.7.22 con la entrada en vigor del Libro I y disposiciones adicionales 1.ª a 3.ª del RDL 24/2021, de 2 de noviembre[55], este pronunciamiento es totalmente compatible con el régimen establecido en la Disposición Adicional Primera del mencionado RDL 24/2021, que, en relación con las participaciones hipotecarias, establece un régimen sustancialmente equivalente al recogido en la LMH.

7.18 Otros aspectos

7.18.1 Reembolso anticipado, total o parcial. Destino

El artículo 23 de la Ley 5/2019 establece que el prestatario podrá, en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado, reembolsar de forma anticipada total o parcialmente la cantidad adeudada. Las partes podrán convenir un plazo de comunicación previa, que no podrá exceder de un mes.

Cuando el prestatario manifestase su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del préstamo, el prestamista le facilitará, en el plazo máximo de tres días hábiles, en papel o en otro soporte duradero, la información necesaria para

55 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes *(BOE* núm. 263, de 3 de noviembre de 2021).

evaluar esta opción. En dicha información se cuantificarán, al menos, las consecuencias que tiene para el prestatario la liquidación total o parcial de sus obligaciones antes de la terminación del contrato de préstamo, exponiendo con claridad las hipótesis que se hayan tomado en consideración para su elaboración.

En lo que respecta a la posibilidad de hacer reembolsos parciales, en los préstamos hipotecarios pueden presentarse a este respecto las modalidades que se detallan en los apartados siguientes. Estas opciones 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); y 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.

7.18.2 Reducción del plazo

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).

7.18.3 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.

7.18.4 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.

7.18.5 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, es decir, cuando 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 DCE responden, básicamente, a lo que sigue:

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. Muchas de las reclamaciones llegan al DCE 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 las consecuencias de dicha circunstancia en la solicitud de amortización.

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 o 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 en los que la aplicación de préstamos, según 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 supuestos se dieron, fundamentalmente, en amortizaciones anticipadas realizadas en los primeros meses de vigencia y/o períodos de carencia de las operaciones. Fueron emitidos informes contrarios a tal actuación, por cuanto, si el contrato contemplaba la posibilidad de amortización anticipada sin condicionar su finalidad, de acuerdo 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, hasta que los sistemas de información fueran adaptados a las necesidades operativas concurrentes.

En cuanto a las reclamaciones contempladas en la letra d), el DCE 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 pretendía amortizar en los días transcurridos entre la fecha de amortización solicitada y el siguiente vencimiento de cuota periódica.

7.18.6 Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas

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

Las reclamaciones presentadas ante el DCE en lo relativo a imputación de pagos de préstamos hipotecarios versan, fundamentalmente, sobre lo que sigue:

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

c) Los ingresos realizados en cajero automático en los que el cliente recoge como concepto o referencia el préstamo al que han de aplicarse.

   Es frecuente que, ante esas tres situaciones, si el cliente titular del préstamo tiene otras deudas vencidas y exigibles de menor garantía que el préstamo hipotecario, se realice el abono del ingreso/transferencia en cuenta y, en primer lugar, la entidad cargue en cuenta 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, 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 una transferencia bancaria posterior a favor del antiguo prestatario (vendedor de la vivienda), indicando en el apartado «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 receptora de la transferencia realiza el abono en la cuenta del beneficiario y, o bien este dispone del saldo sin llevar a cabo la cancelación económica de la hipoteca, o bien la entidad domiciliataria de la transferencia, al recibir el abono y encontrar saldo disponible, aprovecha para cargar a su cliente deudas pendientes de pago.

El criterio del DCE 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 «Concepto/Observaciones»— se indica su finalidad, el DCE 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 realice tal imputación 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 «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 a su beneficiario.

Así pues, este Departamento recomienda que, en los casos citados en las letras a) y b), los clientes realicen la imputación de pagos de modo fehaciente, de tal manera que puedan acreditarse con posterioridad si aquella no hubiera sido tenida en cuenta por la entidad prestamista.

Por otro lado, el DCE, 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 es realizado posteriormente por los empleados de la entidad, entendiendo que únicamente es susceptible de imputación el segundo tipo de ingresos. Sería 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.

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 interviniera como parte otra entidad, por haber concedido al comprador financiación destinada a la cancelación del préstamo a nombre del vendedor, con criterios de buenas prácticas bancarias debería ser ella misma la que se ocupara de gestionar la cancelación segura del préstamo preexistente[56], 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 se situaría en peor posición en cuanto a la prelación de acreedores se refiere.

Finalmente, si un cliente pide asistencia 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 guiarle debidamente, tanto para que recabe el consentimiento del deudor como para realizar la provisión de fondos a la entidad acreedora del préstamo que se pretende cancelar con imputación segura de aquella a la pretendida finalidad.

En el expediente R-202100288 la reclamante denunciaba que, tras el fallecimiento de su madre, con la que compartía un préstamo hipotecario y otro personal, ambos vinculados a una cuenta de dicha causante junto con una tarjeta de crédito también de su titularidad, la entidad estaba aplicando los ingresos, que la reclamante hacía en la cuenta para el pago de los préstamos, en primer lugar, a la deuda derivada de la tarjeta, y después a dichos préstamos, habiéndole indicado la entidad que debía aportar una declaración de herederos y hacerse cargo de todas las deudas de su madre.

La entidad alegó que la reclamante había efectuado ingresos en una cuenta en la que no consta como titular —siendo titular de la cuenta una persona fallecida de la cual la reclamante ha renunciado a la herencia—, y consideraba que aquella, al no subrogarse en la posición de la fallecida, no puede ordenar el destino de los ingresos, que son ingresos a cuenta de la masa hereditaria de la fallecida, habiéndose cobrado de manera automática las deudas vinculadas a dicha cuenta de titularidad exclusiva de la fallecida.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, al no respetar las imputaciones de pago realizadas por la reclamante y aplicar parte de los ingresos a la deuda de la tarjeta y a recibos domiciliados de su causante, en claro perjuicio de la reclamante, que nunca aceptó la herencia, así

56 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.

como por no aclarar a su cliente, hasta que este acudió al DCE, el destino de los ingresos efectuados, actuación que contradice los principios de claridad y transparencia que deben estar presentes en las relaciones de las entidades de crédito con sus clientes.

7.18.7 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 las reclamaciones formuladas ante el DCE sobre esta materia, básicamente se centran en lo que sigue:

a) La 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) La falta de cobertura de la amortización total 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 fallecimiento o incapacidad, acaecida una u otra, el seguro solo cubría una parte del capital pendiente del préstamo, que se contrató con motivo de su concesión, pero no se ofreció la ampliación de la cobertura con motivo de la novación posterior, con ampliación del capital del préstamo.

Los criterios del DCE en este aspecto son los siguientes:

— En el supuesto a), habría que analizar en la documentación si la entidad actuó diligentemente en relación con los hechos objeto de controversia. Si 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 DCE.

— 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 compete al DCE valorar, este emitiría un criterio contrario a las buenas prácticas bancarias, al no constar que hubiera ofrecido al cliente en su momento la ampliación de la cobertura del seguro con motivo de la novación posterior con ampliación del capital del préstamo, dejando al prestatario en una situación de indefensión.

En el expediente R-202119635 el reclamante denunciaba que formalizó con la entidad una operación hipotecaria en 2001 y ese mismo día formalizó una póliza de protección de préstamos, que cubría el importe total del préstamo en caso de fallecimiento o incapacidad. Añadía que se le había reconocido una incapacidad, pero se le había abonado un importe mucho menor, y consideraba que se le debería abonar la totalidad del importe pendiente del préstamo y proceder a su cancelación.

La entidad alegó que las reclamaciones sobre actividades relacionadas con la comercialización o gestión de siniestros de seguros no son competencia del DCE, sino de la DGSFP. Añadía que el reclamante recibió en su cuenta el importe correspondiente, por el siniestro de incapacidad permanente absoluta, transferido por la compañía aseguradora, y hasta la fecha no había decidido la amortización anticipada del préstamo que mantiene, y dada la imposibilidad de realizar esta operativa sin su debido consentimiento, en cuanto el cliente acudiera a la sucursal para destinar el importe a minorar su financiación, se realizaría sin comisiones de amortización o cancelación.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias por la falta de transparencia informativa hacia su cliente, ya que, tras su declaración de invalidez permanente absoluta y su reclamación, le comunicó únicamente que la compañía aseguradora había abonado la cantidad correspondiente con el fin de amortizar el préstamo, lo que podría interpretarse como que este se iba a cancelar anticipadamente, cuando no fue así, sino que únicamente se había abonado al reclamante una cantidad mucho menor, sin que posteriormente le facilitara ningún tipo de explicación de por qué el seguro, a pesar de tener la cobertura del 100 % del capital concedido del préstamo hipotecario, tan solo pagaba esa cantidad.

El DCE apreció también mala práctica de la entidad por cuanto no constaba que hubiese ofrecido a su cliente en ningún momento la modificación de la póliza del

seguro de amortización, para garantizar también el importe de la ampliación del préstamo efectuada en 2015, y por tanto habría incurrido en una actuación negligente al no haber conservado copia debidamente firmada de la póliza del seguro de cobertura que permitiera comprobar la corrección de las cuantías adeudadas en su cuenta derivadas de la contratación de dicho seguro.

7.18.8 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 gastos de formalización de los préstamos hipotecarios, deben responder de la actuación de la gestoría por ellas elegida respecto a la liquidación del impuesto, 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, por sus circunstancias personales y familiares concretas, y por las relativas a las características de la finca financiada y a la finalidad y el uso que se vaya a hacer de ella.

7.18.9 Errores en escrituras públicas

En caso de materializarse errores en las escrituras con las que se elevan a públicos los acuerdos alcanzados por las entidades con sus clientes, debe procurarse su rectificación a la mayor brevedad posible, para lo que se precisará, con carácter general, el consentimiento de todos los otorgantes del documento que se subsana. En tales casos, las entidades deberán hacer saber a los clientes afectados la necesidad de su colaboración al respecto, dándoles todo tipo de explicaciones y todas las facilidades posibles para su comparecencia, y tratando de llegar a un acuerdo amistoso para ello. Si los clientes no atendieran a razones, y se negaran a colaborar, el DCE entiende que 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. 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública— 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 cabrían la corrección consensuada entre las partes y, en su caso, el recurso a los tribunales de justicia.

7.18.10 Cláusulas de vencimiento anticipado

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas en 2021 en las que se han planteado 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 que la pretensión era que se declarasen abusivas y fueran eliminadas del contrato.

En todos los casos, el DCE ha advertido que corresponde únicamente a los tribunales de justicia la eventual declaración del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas y su consecuente anulación y la determinación de los efectos jurídico-patrimoniales de dicha anulación, sin perjuicio del posible pronunciamiento del DCE en los casos en los que se aprecie falta de claridad y transparencia en la redacción y/o aplicación de dichas cláusulas.

No obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, su artículo 24 regula los requisitos exigibles para el vencimiento anticipado de préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la citada ley, no admitiéndose pacto en contrario, debiendo concurrir simultáneamente los siguientes:

— Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

— Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga al menos:

  • Al 3 % de la cuantía 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 o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 12 meses.

  • Al 7 % de la cuantía 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 o a un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a 15 meses.

— 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 adeudado del préstamo.

Por otra parte, la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019 establece expresamente lo siguiente:

> «Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.»

El Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, respectivamente, consultaron al TJUE, en síntesis: i) si la Directiva 93/13/CEE permitía no declarar el carácter abusivo «total» de una cláusula de vencimiento anticipado, sino solo de 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), resolvió 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.

En aplicación de la comentada sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 y de la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2019, antes transcrita, el Tribunal Supremo emitió la sentencia de 11 de septiembre de 2019, en virtud de la cual desestimó un recurso de casación interpuesto por una entidad de crédito, relativo a la validez de la cláusula de vencimiento anticipada. Procede reseñar las siguientes consideraciones de nuestro Alto Tribunal:

a) Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes —el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real)—, ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria.

b) Si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato.

c) En el caso de un préstamo con garantía hipotecaria, la supresión de dicha cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. De este modo, si se declarase nula la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario, procedería la nulidad total de este, puesto que el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, dado que la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato no serían las mismas.

d) Para evitar la nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (obligación de devolver la totalidad del préstamo, pérdida de las ventajas de la ejecución hipotecaria…), puede sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 de la LEC, pero no en su literalidad. En este sentido, además de que se cumplan las condiciones mínimas del artículo 693.2 de la LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013 se ampliaba a tres plazos el incumplimiento), se debe valorar, en cada caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está

justificado en función de los siguientes criterios: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con lacuantía y duración del contrato de préstamo, y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

e) Conforme a lo expresado arriba, se fijan las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso en los que no se haya producido la entrega de la posesión del adquirente:

— Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo hipotecario por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos.

— Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo hipotecario por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad, también deberán ser sobreseídos.

— No obstante, los procesos referidos en el apartado segundo podrán continuar su tramitación, en caso de que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la Ley 5/2019.

— Los autos de procesamiento dictados conforme a los dos primeros apartados no surtirán efectos de cosa juzgada respecto a una nueva demanda ejecutiva, si bien deberán respetarse las disposiciones contempladas en la Ley 5/2019.

7.18.11 Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria

El DCE ha venido manteniendo que las entidades, si bien no están obligadas a atender las peticiones de sus clientes de renovación o refinanciación de sus operaciones con garantía hipotecaria si no media pacto 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 deben 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, debiendo comunicar con tal fin a los interesados el resultado confirmatorio o denegatorio de tales solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

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 inconvenientes derivados de las situaciones de mora y de las reclamaciones judiciales de los saldos impagados.

7.18.12 Incidencias en la cancelación registral de hipotecas

Son frecuentes las reclamaciones que versan sobre 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 que se constituyó para asegurar el pago de futuras operaciones de crédito que pudiera solicitar el cliente, caso de la hipoteca de máximo.

El DCE 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, implicándose además en gestionar adecuadamente la remoción de tales impedimentos.

En el expediente R-202115654 el reclamante denunciaba que firmó un préstamo hipotecario, el cual terminó de pagar; que comenzó la tramitación de su cancelación y que, hasta que no acudió a realizar la inscripción de la cancelación en el Registro, no fue informado de la imposibilidad de llevar a cabo la cancelación, dado que figuraba una cesión de crédito por parte de la entidad a favor de un tercero, efectuada dos años después de haber pagado el préstamo. Añadía que se había dirigido en reiteradas ocasiones al personal de la oficina, sin que le diesen una solución a la incidencia, y que solo le facilitaron el correo del cesionario del préstamo, para que solicitase información y gestionase su resolución.

La entidad alegó que el préstamo hipotecario fue efectivamente cancelado económicamente en su día, otorgándose dos años después escritura de cancelación de hipoteca sobre la finca, pero que en ningún momento cedió el referido préstamo hipotecario al tercero mencionado, ni en sus sistemas consta tal cesión de crédito, y que obviamente tampoco emitió ninguna comunicación al prestatario en ese sentido, y que todo apuntaba a que hubiera podido existir algún error material en el Registro de la Propiedad que hubiese derivado en una inscripción de cesión de crédito sobre una finca incorrecta, siendo la parte reclamante como propietaria de la finca quien debe realizar las gestiones necesarias con el Registro, para que verifique lo ocurrido y realice las correcciones oportunas. Por último, señalaba que, en su momento, a raíz de la reclamación, remitió comunicación relativa a la situación planteada por la parte reclamante a la empresa designada por el cesionario para gestionar la cartera cedida.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias por cuanto no veló por los intereses de su cliente, puesto que sus gestiones se limitaron a la mera comprobación de que el préstamo hipotecario no había sido cedido, sin haber realizado ninguna otra gestión tendente a solventar la incidencia que impide la inscripción de la escritura de cancelación, a pesar de ser la titular registral del préstamo hipotecario.

Debe finalmente indicarse que, de las reclamaciones de esta tipología analizadas en 2021, muchas de ellas estaban relacionadas con facturas emitidas por el registrador de la propiedad a nombre de la entidad reclamada, pero cobradas al reclamante junto con la factura por la cancelación de la hipoteca, motivadas por transmisiones en bloque de elementos patrimoniales del negocio bancario de entidades que han sido absorbidas por dicha entidad reclamada, con independencia de que formen o no parte de operaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, de saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

En concreto, en el expediente R-202115757 el reclamante denunciaba que, con motivo de la tramitación de la cancelación de su hipoteca en el Registro de la Propiedad, se generaron dos facturas, una a su nombre en concepto de registro de la cancelación y otra a nombre de la entidad, y que entendía que el abono de la segunda factura le correspondía a la entidad, ya que fue ella quien segregó el conjunto de elementos patrimoniales y accesorios integrantes del negocio bancario a nombre de la entidad absorbida y se subrogó en todos los derechos, acciones y obligaciones, incluyendo los apoderamientos otorgados por ella. Como tuvo que abonar la factura de la entidad para poder retirar su escritura de la notaría, solicitaba que la entidad se hiciera cargo de los gastos generados por su fusión bancaria y le reintegrara el importe.

La entidad alegó que el registro no se dirigió a la entidad en ningún momento y que la parte reclamante pagó la factura sin impugnarla en plazo hábil, añadiendo que entienden que esta minuta puede responder a lo dispuesto en el artículo 611 del Reglamento Hipotecario, que prevé que, cuando en la inscripción deban hacerse constar las distintas transmisiones realizadas, por la última se devenguen los honorarios correspondientes, y por las anteriores al cincuenta por ciento, sin que puedan percibirse los honorarios correspondientes a más de tres transmisiones, constando distintas resoluciones judiciales al respecto que ha enfrentado el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. En resumen, consideraba que la cuestión no era si debía de pagarla el propietario del inmueble que solicita la cancelación de la hipoteca, sino si el Registro tiene legitimidad para cobrarla, y que, al no haber impugnado el cliente en tiempo y forma la minuta del registrador, entendía que no debían hacerse cargo de su pago.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias por cuanto no actuó con diligencia y transparencia ante la solicitud de su

cliente, desentendiéndose totalmente de su reclamación sin defender los legítimos intereses de este, ello pese a que la factura cuestionada fue emitida a nombre de la entidad y a que según la jurisprudencia no era posible cargar al prestatario los gastos del registro generados por transmisiones de hipotecas acordadas entre entidades bancarias, siempre que no se tratara de operaciones bancarias de saneamiento y reestructuración bancaria —incluidas en la Ley 8/2012, de 30 de octubre, de saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero—.

7.18.13 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 DCE viene señalando que para dicha cancelación no basta con el abono de los débitos pendientes en la cuenta, 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.

En el expediente R-202117651 el reclamante denunciaba que, pese a haberse realizado, con ocasión de la venta de su inmueble, la transferencia convenida para la cancelación del préstamo hipotecario, incluyendo el débito pendiente y los gastos de cancelación, el préstamo hipotecario no fue cancelado de forma automática, supuestamente porque la entidad del comprador no había realizado correctamente la transferencia. Solicitaba solución a su problema, ya que continuaba sin cancelar la hipoteca y el banco le seguía cobrando los intereses del préstamo pese a haber recibido el monto total de la liquidación.

La entidad reclamada, acreedora, alegó que no había cancelado la hipoteca porque la transferencia no había sido enviada al préstamo, sino a la cuenta corriente de la reclamante, y que no conocía que hubiera que cancelar dicho préstamo, y que

la cuenta ya no tenía saldo para la cancelación, ya que, si bien se recibió en ella una transferencia por el importe mencionado, la clienta había reintegrado prácticamente todo el dinero, siendo la modalidad de transferencia interbancaria —vía TARGET2-Banco de España—, en virtud de la cual la entidad ordenante realiza su imputación a la cancelación del préstamo, la que debería haber utilizado la entidad del comprador.

Este Departamento concluyó que la entidad acreedora no se apartó de las buenas prácticas bancarias, dado que no quedó acreditado que recibiera, en la fecha en que se ejecutó la transferencia o con anterioridad, ninguna comunicación que le indicara de manera expresa que el importe debía aplicarse a la cancelación del préstamo hipotecario cuestionado.

La entidad implicada, por su parte, alegó que la entidad acreedora sí recibió la transferencia emitida desde su cuenta de pagos —vía OMF—, a la cuenta de la reclamante en la entidad acreedora. Y que el motivo de queja era la no cancelación del préstamo hipotecario, operativa que correspondía realizar a la acreedora y no a ellos.

El DCE concluyó que la entidad implicada se apartó de las buenas prácticas bancarias, dado que no actuó con diligencia y transparencia a la hora de llevar a cabo las transferencias para la cancelación del préstamo, al utilizar un tipo de transferencia que no era idóneo para la finalidad para la que fue ordenada, al haberse abonado en la cuenta de la prestataria, aunque fuera a través de OMF, sin que hubiera acreditado que enviara ningún mensaje, vía SWIFT o por otro canal, que indicara al banco receptor que el importe debía aplicarse a la cancelación del préstamo.

En el expediente R-202122940 el reclamante denunciaba que formalizó una escritura de compraventa por la cual adquirió su vivienda, que se encontraba gravada por un préstamo hipotecario en favor de la entidad reclamada, y que en el momento de la firma de la operación se emitió una transferencia en favor de la entidad para la cancelación del préstamo hipotecario, pero esta no había procedido a dicha cancelación.

La entidad alegó que la operación de compraventa contó con la participación exclusiva de comprador y vendedor y que no se dio aviso alguno a esa entidad, siendo así que su cliente retiró el dinero sin cancelar el préstamo hipotecario. Recalcaba que no tuvo conocimiento acerca de la operación de compraventa, ni del pago destinado a cancelar la hipoteca, por lo que no realizó actuación alguna respecto a la cancelación del préstamo hipotecario.

Este Departamento concluyó que la entidad, de la que eran clientes tanto la reclamante como la parte vendedora, se apartó de las buenas prácticas bancarias, al ejecutar las transferencias de su cliente sin las cautelas necesarias en este tipo de operaciones, incurriendo así en una falta de diligencia impropia de un profesional

de la banca, dejando a su cliente en una situación de clara indefensión, sin que constara su voluntad de realizar algún tipo de gestión posterior tendente a solucionar la incidencia.

7.18.14 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 y préstamos hipotecarios), el DCE 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 extractos de movimientos de todos ellos.

7.18.15 Modificación improcedente de condiciones pactadas en contratos vinculados a la concesión de la hipoteca

El DCE entiende que, en los casos en los que la entidad ofrece un paquete de servicios o contratos asociados a la concesión de un préstamo hipotecario, 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 con los requisitos de comunicación previa previstos en la normativa general de transparencia bancaria y/o de servicios de pago, de manera que no se generen en el cliente falsas expectativas sobre la permanencia de dichas condiciones que puedan influir en su decisión de contratar el préstamo.

Obviamente, en 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.

7.18.16 Liberación de fincas hipotecadas

El principio general de indivisibilidad de la hipoteca está consagrado por el artículo 1860 del Código Civil, según el cual «[l]a prenda y la hipoteca son indivisibles […]», y el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, a tenor del cual «[l]a hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos

bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido […]», y ello con independencia de que se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las fincas hipotecadas, como exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, lo que garantiza que cada una de ellas no podrá responder más allá de la responsabilidad asignada, pero sin que eso implique necesariamente una división del crédito o la deuda en varias partes.

Solo será posible la liberación de una de las fincas hipotecadas sin pagar la totalidad del débito pendiente del préstamo si media un pacto expreso que habilite dicha liberación bajo determinadas condiciones, o bien en el caso de que exista un tercero adquirente de buena fe, que según el artículo 221 del Reglamento Hipotecario podrá liberar la finca pagando el importe de responsabilidad asignada que la grava.

En el expediente R-202111944 el reclamante denunciaba que la entidad incumplía los compromisos adquiridos por la anterior prestamista, absorbida por ella mediante un proceso de fusión bancaria, los cuales le permitían liberar una de las dos fincas hipotecadas una vez amortizada la responsabilidad hipotecaria de la que respondía. Para liberarla, la entidad le exigía una amortización anticipada del préstamo por el importe total de la responsabilidad hipotecaria pactada, lo que consideraba abusivo.

La entidad alegó que la liberación de la finca y el importe determinado al efecto no se contemplaba en la escritura hipotecaria, ni en la carta que aportaba el cliente, que permitía liberar la garantía «una vez amortizado el mismo en importe suficiente para la responsabilidad asignada a dicha garantía», sin concretar dicho importe. Y que no estaba obligada a liberar la finca, dado que el acreedor siempre puede reclamar por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las fincas hipotecadas hasta la cuantía máxima, teniendo facultad discrecional de acceder o no a la pretensión del cliente.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, dado que para liberar la finca cuestionada pretendía injustificadamente que su cliente llevara a cabo una amortización por el importe total del capital del que responde la finca a liberar, en vez del que quedaría por amortizar hasta alcanzar dicha responsabilidad hipotecaria, teniendo en cuenta la parte proporcional del capital amortizado que correspondería a dicha finca, según la distribución de la responsabilidad hipotecaria pactada entre las dos fincas hipotecadas. Ello entendía el Departamento que sería la interpretación más razonable del contenido de la carta que recogía el compromiso del prestamista inicial, sin perjuicio de advertir que en última instancia corresponde a los Tribunales de Justicia la interpretación definitiva del contenido, alcance y eficacia del compromiso asumido en su día por la prestamista inicial.

En el expediente R-202121499 el reclamante denunciaba que informó por escrito en la oficina de que en unos días cancelaría el préstamo en la notaría. Y que le facilitaron

una nota registral, y que en los correos internos de la notaría con una gestoría se indicaba que hubo provisión de fondos para la cancelación registral de la hipoteca de los antiguos propietarios, que sigue gravando la vivienda.

La entidad alegó que, tal y como se establecía en las escrituras del préstamo y de compraventa, sobre la finca existe un préstamo hipotecario previo a favor de otra entidad, por lo que en su día, para su cancelación con parte de la financiación concedida, la entidad acreedora aportó un certificado con la cuantía necesaria para la cancelación de la responsabilidad hipotecaria que recae sobre la citada finca, realizándose en su momento la transferencia OMF para la cancelación de la carga. No obstante, desde la gestoría les informaron de que habían contactado en numerosas ocasiones con la entidad acreedora, para obtener el certificado de cancelación de deuda y poder realizar la cancelación registral, y esta les trasladaba que no es posible emitir el certificado de cancelación económica, puesto que la transferencia se destinó a una amortización anticipada del préstamo hipotecario sin liberar ninguna de las fincas, ya que el préstamo está garantizado por la finca controvertida junto con otra, motivo por el cual no acceden a la cancelación registral de la hipoteca previa.

La entidad acreedora implicada alegó, por su parte, que la escritura de constitución del préstamo tenía una doble garantía, lo que no alteraba el carácter indivisible de la garantía hipotecaria, habiéndose pactado que «[m]ientras no se produzca la división del préstamo en los términos indicados, aunque la parte deudora hubiera amortizado un importe de capital e intereses equivalente o superior al importe de la responsabilidad hipotecaria, la prestamista no estará obligada a liberar ninguna finca ni cancelar la hipoteca».

Este Departamento concluyó que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias por cuanto se despreocupó de la incidencia, surgida durante la tramitación de la cancelación de la hipoteca preexistente encargada a la gestoría por ella designada, ya que no informó a la parte reclamante de la incidencia durante más de dos años y solo ofreció dicha información a raíz de la reclamación, y tampoco acreditó la realización de gestión alguna por su parte o de su gestoría, redirigiendo al interesado a la entidad acreedora, cuando la gestión fue encomendada a la gestoría colaboradora de esa entidad.

También se apreció quebrantamiento de las buenas prácticas en la actuación de la entidad acreedora, dado que se negó injustificadamente a otorgar escritura de cancelación de hipoteca sobre la finca, incumpliendo el artículo 221 del Reglamento Hipotecario —que permite al adquirente de buena fe liberar la finca adquirida mediante el pago de su responsabilidad hipotecaria— y los propios pactos contractuales suscritos con los prestatarios vendedores, que recogían expresamente dicho derecho.

7.18.17 Actuaciones unilaterales de la entidad

Merece especial atención la casuística de reclamaciones derivadas de actuaciones unilaterales de las entidades de variada índole, con el denominador común de resultar lesivas para los intereses de sus clientes y no amparadas en cláusulas contractuales o en autorizaciones expresas de dichos clientes.

En el expediente R-202111314 el reclamante era tutor legal de su hija por incapacidad parcial, y denunciaba que, si bien en la escritura de préstamo hipotecario de su representada se pactó que el cargo de las cuotas se realizaría el 30 de cada mes, la entidad, sin ningún tipo de explicación, desde que se declaró la incapacidad de su hija, había realizado los cargos entre los días 5 y 8 de cada mes, motivo por el que se le cargaban intereses y comisiones, lo que le ha generado perjuicios, cargándose las cuotas en concepto de «recobro deuda vencida», aunque la cuenta vinculada a la operación hipotecaria tiene saldo suficiente para su cargo en la fecha indicada en escritura.

La entidad alegó que el juzgado que dictaminó la incapacitación de la prestataria ordenó el bloqueo de cuenta y, desde el punto de vista operativo, el sistema no permite un desbloqueo selectivo para cada clase de adeudo, razón por la que, una vez vencida la cuota, cada mes, el gestor de la oficina debe pedir el desbloqueo al Departamento de Servicios Jurídicos de la entidad, adeudar la cuota mensual y solicitar nuevamente el bloqueo de la cuenta, no pudiéndose por ello efectuar los adeudos el último de día de cada mes según lo pactado, sin que haya perjuicio alguno para la parte reclamante, al haberse retrocedido las comisiones y cualquier gasto derivado de dicha transacción.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias por cuanto no actuó con diligencia y transparencia ante la solicitud de su cliente, ya que reconoce que por una cuestión de funcionamiento y operativa interna del sistema no le es posible cumplir a la vez con el mandato judicial y con lo previsto en la escritura, y no mostró una voluntad inequívoca de atender la pretensión o, al menos, de buscar una alternativa favorable a los intereses de la parte reclamante.

En el expediente R-202113822 el reclamante denunciaba que, a pesar de que en su escritura de préstamo hipotecario se acordó que el primer pago debería producirse el 1 de marzo de 2021, el primer pago tuvo lugar el 28 de febrero de 2021, y solicitaba el cargo de las cuotas hipotecarias el primer día del mes, de conformidad con lo pactado.

La entidad alegó que, conforme a la práctica habitual, las retenciones se realizan en procesos nocturnos automatizados y que, para que el cargo pudiera ser realizado en la fecha establecida en el contrato, la retención necesariamente debía realizarse

la noche anterior. Esto no genera intereses o penalización alguna en caso de que la cuenta no tenga saldo la fecha anterior, y existe además la posibilidad de que el día 1 el prestatario realice el pago directamente en ventanilla en caso de no desear el adeudo automático.

Este Departamento concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al efectuar la retención del importe de la cuota hipotecaria con anterioridad al día pactado para su pago, sin que su proceder viniera refrendado por mandato legal o judicial o pacto expreso con el cliente.

7.19 Actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario

Como último apartado referido a los préstamos hipotecarios, debe hacerse mención de la actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario, cuyo régimen jurídico está previsto en el capítulo III de la Ley 5/2019.

Según el artículo 4.5 de la ley, tiene la consideración de intermediario de crédito inmobiliario toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional a cambio de una remuneración, pecuniaria o en cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en poner en contacto, directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y en realizar además alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo a los que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b):

— Presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo.

— Asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo.

— Celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista.

Para el ejercicio de todas o algunas de las anteriores actividades se exige su inscripción en el Registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios del Banco de España. Así, según el artículo 27.1 de la LCCI, «los intermediarios de crédito inmobiliario deberán estar inscritos en uno de los registros señalados en esta Ley para poder desarrollar, total o parcialmente, de forma válida las actividades de intermediación crediticia a que se refiere el artículo 4.5) o para prestar servicios de asesoramiento», atribuyéndose a esta institución la gestión del registro de aquellos que: i) operen o vayan a operar con prestatarios con domicilios situados en todo el Estado o en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma, siempre que tengan la sede o su administración central en España, y

ii) vayan a operar en España a través de sucursal o en régimen de libre prestación de servicios, cualquiera que sea el ámbito geográfico en el que vayan a desarrollar su actividad (art. 28 de la LCCI).

Por razón de la actividad que los intermediarios de crédito inmobiliario venían desarrollando antes de la entrada en vigor de la LCCI, su disposición transitoria segunda prevé una adaptación al régimen de la nueva norma. Así, los prestamistas inmobiliarios y los representantes designados que, a la entrada en vigor de la ley (16 de junio de 2019), vinieran realizando las actividades de intermediación o concesión de préstamos objeto de la LCCI debieron solicitar su reconocimiento en el plazo de seis meses, y realizar el Banco de España una evaluación del cumplimiento de los requisitos para su inscripción con carácter previo a solicitarla[57].

También corresponde al Banco de España (art. 33 de la LCCI) la supervisión de estos intervinientes en el mercado, debiendo asegurarse de que consten en el citado registro y del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LCCI y en su normativa de desarrollo.

En cuanto a su actividad para con la clientela, el artículo 35 de la LCCI establece los requisitos de información que se han de facilitar a los clientes con la suficiente antelación a la prestación de cualquiera de sus actividades, propias de la intermediación de crédito inmobiliario (identidad, domicilio, registro, vinculación a prestamistas, servicios de asesoramiento prestados, remuneración por sus servicios, procedimientos de reclamación extrajudicial contra ellos, comisiones que se deben recibir del prestamista o de terceros y si estas se descuentan o no de su remuneración).

8 Deudores hipotecarios sin recursos

8.1 Introducción

La profunda crisis económica sufrida por la economía mundial desde 2008 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 los residentes en España prefieren vivir en casas en propiedad en lugar de en régimen de alquiler, como ocurre en otros países de Europa.

57 Con anterioridad, los intermediarios de crédito inmobiliario figuraban inscritos en el Registro Estatal de Empresas, inicialmente a cargo del Instituto Nacional de Consumo (hoy Ministerio de Consumo). Dicha obligación se establecía en el artículo 3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Cabe comenzar recordando que, en nuestro país, la contratación está regida por el principio de libertad de pactos consagrado en el Código Civil[58]. Por ello, la concesión de un préstamo por una entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan, con carácter general, en la política de riesgos y en el ámbito discrecional de las entidades.

Pues bien, en este contexto, cuando el deudor hipotecario con dificultades en el pago se dirigía a su entidad con la finalidad de encontrar una solución, se encontraba en una situación de desamparo, dado que la entidad no estaba obligada a reestructurar la deuda ni tampoco, como sí sucede en otros países, a aceptar el bien hipotecado —la vivienda— como pago extintivo de la deuda generada. Debe aclararse que en el sistema hipotecario español la responsabilidad derivada del 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, así como a la de los posibles avalistas, 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, dirigidas a solventar la situación ya creada y que, si bien iban dirigidas en primer lugar 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, pudieron aplicarse a todos los préstamos, con independencia de su fecha de formalización.

El primer grupo de normas —las preventivas— ha consagrado una serie de medidas, conocidas bajo el título de «préstamo responsable», que imponen a las entidades obligaciones referidas no solo a la valoración prudente del bien hipotecado, sino también dirigidas a una correcta evaluación de la solvencia del prestatario; se imponen, además, en la fase precontractual obligaciones de carácter informativo muy exhaustivas, así como el deber de ofrecer al consumidor bancario las explicaciones adecuadas sobre los productos contratados. Estas cuestiones, no obstante, se recogen con mayor detalle en el epígrafe anterior de esta Memoria, referido a préstamos hipotecarios en general.

En este apartado, y bajo el título de «Deudores hipotecarios sin recursos», se va a analizar el segundo bloque de medidas, es decir, las mencionadas anteriormente como paliativas, aprobadas por el legislador para paliar la situación financiera de los deudores hipotecarios que no puedan hacer frente a los compromisos de pago y se

58 Conforme al artículo 1091 del Código Civil, «[l]as 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».

encuentren en una situación de vulnerabilidad. Estas medidas de protección conjugan, como consagra la Constitución en su artículo 47, el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada 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 de los subcomités en los que el DCE participa—, que se tradujeron en la publicación, el 1 de junio de 2015, de una directriz y de una opinión sobre esta cuestión[59].

Así, la directriz publicada sobre «Demoras y ejecución hipotecaria»[60] prevería, entre otras cuestiones, que las entidades deben proporcionar una ayuda eficaz a los consumidores que se encontrasen 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, a aquellos consumidores que se encontrasen 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 dirigidas 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»[61] recogió, en lo que concierne a esta materia, buenas prácticas sectoriales, relativas, por un lado, a la identificación, en una fase

59 Ambos textos pueden consultarse aquí.

60 Esta directriz —*Guidelines on arrears and foreclosure*— surgió 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 la que las entidades financieras podrían dar efectividad a lo previsto en el artículo 28 («Demoras y ejecución hipotecaria») de la citada directiva.

61 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*— fue fruto de la revisión del contenido de una opinión emitida previamente por parte de la EBA en junio de 2013. Esta 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.

temprana, de las circunstancias por las que podía atravesar el deudor hipotecario en dificultades y, por otro, a la mejora de la información que se debía suministrar al deudor a este respecto.

8.1.1 Evolución normativa

La normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos inició su andadura con la promulgación del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos *(BOE* del 10)[62], que contenía en el anexo el Código de Buenas Prácticas[63] para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Si bien este RDL 6/2012 sigue vigente en la actualidad, se han aprobado modificaciones que han ido reforzando 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)[64].

— RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social *(BOE* del 28)[65], 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).

— RDL 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifican el RDL 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[66].

— Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario *(BOE* del 16)[67].

62 En adelante, nos referiremos a él como RDL 6/2012.
63 En adelante, nos referiremos a él como «Código de Buenas Prácticas», «Código» o «CBP».
64 En adelante, referida como Ley 1/2013.
65 En adelante, referido como RDL 1/2015.
66 En adelante, referido como RDL 5/2017.
67 En adelante, referida como Ley 5/2019.

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 les confiere el ordenamiento frente al deudor en general. Así, a partir del momento en el 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 serán de obligado cumplimiento para ella.

8.1.2 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 antes denominada Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Para las siguientes versiones del Código, es decir, aquellas que resultaron 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, solicitando mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

Mediante la Resolución de 16 de abril de 2021, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa *(BOE* del 29), se publicó la última actualización de 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. De este modo, 86 entidades están adheridas al Código en la redacción dada por la Ley 5/2019, y tan solo una ha solicitado permanecer en el ámbito de aplicación de la versión establecida por la Ley 1/2013.

Cabe señalar que 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.

Asimismo, las adhesiones de las entidades tendrán una duración de 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, coexisten distintas versiones del CBP —entendiendo cada una como un conjunto normativo y distinta de las demás—. La versión aplicable a una concreta

petición será aquella a la que la entidad se encuentra adscrita en el momento de cursar la solicitud presentada.

8.1.3 Medidas del Código de Buenas Prácticas

Las medidas que el CBP contempla son cuatro: reestructuración de la deuda hipotecaria, quita en el capital pendiente de amortización, dación en pago de la vivienda habitual y derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

Las tres primeras tratan de establecer un nuevo marco que facilite el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito, evitando la tramitación de un procedimiento ejecutivo que, en última instancia, supondría un agravamiento de la situación económica del deudor.

Por su parte, la cuarta —derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual, introducida por el RDL 5/2017— será susceptible de aplicación tras un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya suspendido el lanzamiento del deudor ejecutado. Por ello, tanto por el momento en el que se puede solicitar como por los requisitos que se han de reunir, esta medida tiene un encuadre distinto al de las anteriores, lo que justifica su análisis y estudio de una manera individualizada.

En todo caso, la aplicación de estas medidas será obligatoria para las entidades conforme a la versión del CBP con la que hayan formalizado su adhesión.

Centrándonos en el primer bloque de actuaciones —las encaminadas al cumplimiento de los compromisos adquiridos—, procede su aplicación siempre que se cumplan las siguientes condiciones —que serán objeto de desarrollo en epígrafes posteriores—:

- 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 del crédito hipotecario se encuentre dentro de los límites establecidos en el artículo 5.2 del RDL 6/2012.

- Que no se haya producido el anuncio de la subasta del bien hipotecado —requisito exigido para las medidas de reestructuración de deuda y dación en pago—.

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. Solo si alguna no resulta viable, procede el estudio de la siguiente:

— La primera está dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria. Esta medida, como se ha indicado, no es aplicable cuando el deudor sea parte demandada en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de subasta.

— La segunda que procedería, de no resultar factible la anterior —siendo esta la única medida potestativa para la entidad—, consiste en el ofrecimiento al deudor de una quita en el capital pendiente de amortización. Esta es la única medida potestativa para la entidad.

— La tercera —prevista, según lo indicado, para el supuesto de que ninguna de las dos medidas anteriores resultara suficiente para reducir el esfuerzo del deudor hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera— es 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 arrendataria, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda pendiente 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 contempladas en el CBP, el RDL 6/2012 recoge otras ventajas aplicables a los deudores sin recursos, como la limitación de los intereses moratorios y una serie de ventajas fiscales y notariales.

Por otro lado, ha de señalarse que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, tienen la condición de normativa de ordenación y disciplina las disposiciones del RDL 6/2012 dedicadas a los siguientes deberes de las entidades: de información de la existencia del Código (art. 5.9), de aplicar las medidas en él previstas a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión (art. 5.4) y de remitir al Banco de España la información que les requiera la Comisión de Control (véase el epígrafe 8.5, «Seguimiento del Código de Buenas Prácticas») sobre el CBP (art. 6.5). Esta condición resulta de especial interés en caso de incumplimiento por parte de las entidades de las obligaciones impuestas, cuestión sobre la que incidiremos posteriormente al abordar el estudio de la «sanción por el incumplimiento».

Igualmente debe hacerse referencia 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, encargada de actualizar periódicamente el compendio de consultas sobre esta materia, en el que constan las respuestas a las principales cuestiones planteadas.

8.2 Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas

Como se ha adelantado anteriormente, la aplicación de las medidas que el CBP recoge procede cuando el cliente se encuentra en el umbral de exclusión y la vivienda que sirve de garantía cumple con los límites definidos por el RDL 6/2012.

8.2.1 Ámbito subjetivo

Conviene precisar en este punto que la exposición sobre el CBP que se realiza 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 hubiera presentado antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019[68], o bien en las que la entidad prestamista se encontrara adherida a versiones anteriores del CBP, el DCE 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

Los beneficiarios de las medidas deben ser personas físicas que padecen extraordinarias dificultades para atender el pago de la deuda hipotecaria sobre la vivienda habitual, resultando aplicables a los contratos de préstamo o de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el denominado «umbral de exclusión».

Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores hipotecarios en los que concurran todas las circunstancias que se indican en los números 1 y 2 del artículo 3 —y no otras—. Se transcriben a continuación, por su relevancia, tales circunstancias:

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

«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 IPREM[69] 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 IPREM 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.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias

---

69 El IPREM para 2021 —período a que se refiere esta Memoria—, de acuerdo con la disposición adicional centésima vigésima primera, sobre determinación del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) para 2021, de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, será:

a) EL IPREM diario, 18,83 euros.
b) El IPREM mensual, 564,90 euros.
c) El IPREM anual, 6.778,80 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 RDL 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.908,60 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 6.778,80 euros.

Por su parte, el IPREM para 2022, de acuerdo con la disposición adicional centésima primera, sobre determinación del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) para 2022, de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, será:

a) EL IPREM diario, 19,30 euros.
b) El IPREM mensual, 579,02 euros.
c) El IPREM anual, 6.948,24 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 8.106,28 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 6.948,24 euros.

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 CBP.

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 transcrito 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 con los ingresos netos que perciba el conjunto de los 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 los casos de la quita y de la dación en pago de la vivienda habitual, además de los requisitos anteriores, es necesario que se reúnan los requisitos del apartado 2 —que se carezca 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 se

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 con 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.

Las circunstancias que han de concurrir para considerar al deudor hipotecario incluido en el umbral de exclusión se han de acreditar mediante la presentación de la documentación que expresamente se indica en el número 3 del artículo 3 del RDL 6/2012[70].

Ahora bien, cabe la posibilidad de que en un caso concreto las entidades puedan tener por acreditada la exclusión, con independencia de que no se hayan presentado por el deudor todos los documentos exigidos por el artículo 3.3 del RDL 6/2012. Es esta consideración, y no la presentación completa de la lista de documentos del artículo 3.3 a que nos estamos refiriendo, la que determina la obligatoriedad de aplicar las medidas del CBP. En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo —sentencia

---

70 «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.

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.»

núm. 73/2022, de 27 de enero de 2022—, que declaró no haber lugar al recurso de casación 675/2020, interpuesto contra la sentencia de 18 de septiembre de 2019, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 207/2018.

A lo largo de los años, desde la aprobación del RDL 6/2012, se han puesto de manifiesto discrepancias entre las entidades implicadas y aquellos clientes que se consideraban incluidos en el umbral de exclusión sobre la forma en que se debían aplicar las previsiones contenidas en el artículo 3.1.

Una de las dudas interpretativas planteadas por esta disposición se refiere al cálculo de los ingresos y, más en particular, al *conjunto de ingresos de la unidad familiar,* que figura en el apartado a) del artículo 3.1, y a los *ingresos netos,* del apartado c). De acuerdo con la interpretación de la Comisión de Control del CBP —consulta 4.a del compendio de consultas—, cuando el RDL 6/2012 hace mención a *ingresos* para establecer el umbral de exclusión, debe entenderse por ellos el conjunto de los ingresos brutos de la unidad familiar. Por otro lado, por *ingresos netos* deben entenderse aquellos percibidos una vez descontados de los ingresos brutos totales únicamente los impuestos y cotizaciones sociales. Con base en lo anterior, este Departamento no ha atendido la pretensión de algún reclamante que consideraba que sus ingresos netos eran aquellos que percibía por su salario menos aquellos gastos a que debía hacer frente de forma recurrente —p. ej., gastos por suministros, dentista, etc.—. Siguiendo esta línea interpretativa, tampoco se ha considerado que a la cuota hipotecaria se deban sumar los gastos de productos vinculados a la operación hipotecaria —p. ej., primas de los seguros de vida y del inmueble, tarjetas de crédito de los prestatarios, etc.—.

Para efectuar los cálculos del artículo 3.1 se han de tener en cuenta los ingresos que se perciben en el momento de presentar la solicitud. En algunas ocasiones, 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, están referidas al ejercicio fiscal precedente. Sin embargo, el DCE ha indicado que, dado que no solo las declaraciones de este impuesto muestran los ingresos de la unidad familiar, la entidad habrá de tener en cuenta los ingresos actuales, mediante la presentación de nóminas u otra documentación,

Asimismo, se deberán tener en cuenta los ingresos efectivamente percibidos. En este sentido, se planteó ante la Comisión de Control del CBP cómo computar los ingresos correspondientes a las pensiones de alimentos de los hijos, reconocidas en el convenio regulador aprobado judicialmente, que en el momento de solicitar la aplicación del CBP no estaban siendo abonadas por el cónyuge al que correspondía. En este sentido, se resolvió —consulta 4.c del compendio de consultas— que, si esos ingresos no se habían producido efectivamente, no parecía correcto computarlos con fundamento en que se tuviera un derecho a percibirlos.

Por otro lado, atendiendo a la literalidad del artículo 3.1.b, para poder estar dentro del umbral de exclusión debe haberse producido una alteración significativa de las circunstancias económicas en los cuatro años anteriores a la solicitud. Para llevar a cabo este cálculo, se ha de comparar la tasa de esfuerzo que representa la carga hipotecaria sobre la renta familiar en el momento de presentación de la solicitud y el cuarto año anterior a ese momento concreto. Sobre esta cuestión, la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP —consulta 17 del compendio— señala que debe estarse a la literalidad de la norma, que se refiere expresamente a los cuatro años anteriores a la solicitud.

Si esta tasa de esfuerzo desde el cuarto año anterior a la petición de aplicación del CBP se ha multiplicado por, al menos, 1,5, se dará por cumplido el artículo 3.1.b. En todo caso, de acuerdo con el espíritu y la finalidad de la norma, el DCE entiende que la alteración significativa de las circunstancias económicas debe entenderse en un contexto en el que se ha pasado de una situación en la que el cliente podía hacer frente al pago de la deuda —hace cuatro años— a otra en la que, por las circunstancias sobrevenidas, no puede hacerlo. De acuerdo con esto, la tasa de esfuerzo correspondiente a los cuatro años anteriores ha de ser inferior al 100 %. No se puede considerar que la normativa protectora de deudores hipotecarios sin recursos ampare comparar dos situaciones, en las que la originaria sea de total y absoluta incapacidad para hacer frente a los compromisos adquiridos —porque la cuota hipotecaria resulte superior a los ingresos, o, dicho de otra manera, que la tasa de esfuerzo sea superior al 100 %— y otra final —en el momento de la solicitud de aplicación del CBP—, en la que se exijan condiciones, incluso, más penosas, de modo que la tasa de esfuerzo se haya incrementado en, al menos, un 50 %.

Así, en el expediente R-202122172, el DCE efectuó un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad, al haber denegado esta una solicitud de reestructuración de deuda basándose en que no había existido una alteración significativa de las circunstancias económicas. En este caso, en los cuatro años anteriores, la tasa de esfuerzo para acceso a la vivienda era del 198,03 % —lo que implicaba que la cuota hipotecaria era casi el doble de los ingresos de la clienta—, y en el momento de efectuar la solicitud la misma no había llegado al 297,05 %, resultado de haber incrementado la primera en un 50 %. Pretender exigir que el porcentaje de esfuerzo se hubiera multiplicado por 1,5 daría como resultado que se tuviera que cumplir una fórmula imposible, que, en todo caso, implicaría el total y absoluto incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Sea como fuere, no será necesaria la verificación de los cálculos anteriores si en la unidad familiar han sobrevenido cualquiera de las circunstancias de especial vulnerabilidad previstas en la norma. En ocasiones, este Departamento emitió informe contrario a aquellas entidades que no habían verificado previamente que la parte prestataria se encontraba en un supuesto de especial vulnerabilidad, al tener

el prestatario más de 60 años o pertenecer a la unidad familiar dos menores de edad.

En otros casos, la entidad reclamada había rechazado que la parte reclamante se encontraba en situación de especial vulnerabilidad porque, aunque su circunstancia estaba prevista en la norma, esta no había sobrevenido en los cuatro últimos años. Este fue el caso del reclamante que argumentaba que su esposa, cotitular del préstamo, tenía un grado de discapacidad del 42 %, encontrándose en el supuesto 4.º del listado de circunstancias familiares de especial vulnerabilidad del artículo 3.1.b. La entidad rechazaba su aplicación porque la declaración de discapacidad había tenido lugar en octubre de 2009 y, por tanto, no en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud. Este Departamento expuso que la actuación de la entidad no parecía estar en línea con la finalidad de la norma, que tiende a que la medida de reestructuración sea aplicable a un colectivo cada vez mayor. Además, de aplicarse el artículo 3.1.b en sus estrictos términos, se llegaría a soluciones ilógicas que no parecen acordes con en el espíritu de la norma. Este sería el caso, por ejemplo, del supuesto 7.º, que se ocupa del deudor hipotecario mayor de 60 años: de seguirse la literalidad de la norma, nunca se podría considerar que aquella persona que realiza su solicitud con 65 años o más se encuentra en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad, en la medida en que, en los cuatro años anteriores a dicha solicitud, ya era mayor de 60 años.

Cabe señalar además que, en el caso de denegación de la petición de reestructuración, resulta necesario que las entidades motiven convenientemente las causas de esta, la documentación que han tenido en cuenta para llegar a tal conclusión y los cálculos efectuados.

La unidad familiar

Las medidas contenidas en el CBP van destinadas a las familias que deben enfrentar una 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 años[71], aun en el caso de no reunir los requisitos para ser considerado como unidad familiar.

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

La delimitación del concepto de unidad familiar ha motivado numerosas consultas, a las que la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP ha dado respuesta[72]. Así:

— En caso de que los cónyuges no estén 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, hijos 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 y 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.

La determinación de quiénes forman parte de la unidad familiar resulta fundamental, ya que son los ingresos de todos sus miembros —y no solo los del prestatario— los que han de tomarse en consideración para determinar si el deudor hipotecario está en el umbral de exclusión.

En ocasiones, se han planteado reclamaciones por clientes a quienes su entidad había denegado la reestructuración de la deuda hipotecaria al tomar en consideración, además de sus ingresos, los de un hijo —que residía en la vivienda—, razón por la que no cumplían los requisitos económicos necesarios para considerarlos incluidos en el umbral de exclusión. Desde el DCE se indicó que, efectivamente, se debían tener en cuenta los ingresos de todos los miembros de la unidad familiar. Por el contrario, si en la vivienda convive y figura empadronado un tercero que no es deudor hipotecario ni forma parte de la unidad familiar —según la definición del RDL 6/2012—, sus ingresos no se tendrán en cuenta para determinar si el deudor está en el umbral de exclusión.

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

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 todas ellas. La característica esencial de la solidaridad es que, siendo la deuda única, el acreedor cuenta con la posibilidad de dirigirse, por el total de la deuda, 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 por tratarse de una pareja de hecho no inscrita o por 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 RDL 6/2012.

En este sentido se ha pronunciado la sentencia 187/2018 del Tribunal Supremo, de 5 de abril, que analiza un supuesto similar, en el que existía una pluralidad de deudores que debían responder solidariamente de la deuda contraída. El Alto Tribunal entendió que, ante la pluralidad de deudores, todos ellos debían encontrarse en el umbral de exclusión para la aplicación del CBP, aunque después de la separación o del divorcio hubieran dejado de formar parte de una unidad familiar.

En la misma línea argumental, la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP[73] 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 procederá cuando en ambos concurran las circunstancias para considerarlos incluidos dentro del umbral de exclusión».

73 Consulta 25 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

Asimismo, respecto a cómo ha de interpretarse la expresión «cuando en ambos concurran», y sobre si esta se refiere a que cada deudor debe estar en el umbral de exclusión considerando individualmente sus ingresos o, por el contrario, se ha de tener en cuenta la suma de los ingresos de ambos deudores, la Comisión de Control ha resuelto que «debe interpretarse en el sentido de que no exige que deba tenerse en cuenta la suma de los ingresos de los deudores solidarios para determinar si conjuntamente se encuentran dentro del umbral de exclusión, y en particular dentro de los límites de renta establecidos en el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo».

En algunas ocasiones se han planteado reclamaciones ante este Departamento en las que la entidad había considerado que dos prestatarios solidarios que pertenecían a dos unidades familiares distintas no se encontraban en el umbral de exclusión, al haber realizado los cálculos que indica la norma tomando en consideración los ingresos conjuntos de ambos, como si pertenecieran a la misma unidad familiar. No obstante, en consonancia con la interpretación dada por la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP, este Departamento ha expuesto que debían haberse computado los ingresos actuales de ambos deudores solidarios por separado, con el fin de verificar si cada unidad familiar se encontraba en el umbral de exclusión.

Llegados a este punto, y por su estrecha relación con lo hasta ahora expuesto, hemos de referirnos al supuesto en el que los propietarios de la vivienda que constituye la garantía del préstamo hipotecario procedan a la extinción del condominio, cualquiera que sea la razón para llevarla a cabo —divorcio, herencia, etc.— En estos casos, es habitual que 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, por 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.

Y es que 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—. En todo caso, la decisión que llegue a adoptar la entidad se enmarca dentro de lo que se denomina «política comercial y de asunción de riesgos». Lo anterior, con independencia del cambio que pudiera experimentar, a lo largo del tiempo, el vínculo que originariamente ligaba a los deudores entre sí.

Conforme a lo expuesto, se han tramitado expedientes en los que la parte reclamante solicitaba la aplicación del CBP explicando que, aunque el préstamo había sido formalizado por dos personas estando vigente un vínculo matrimonial, en la actualidad tal vínculo se había extinguido —por divorcio—, extinguiéndose igualmente el condominio sobre la vivienda y asignándose su propiedad a una sola persona, quien había asumido en exclusiva la deuda hipotecaria pendiente. No obstante, no se había llevado a cabo la novación subjetiva del préstamo hipotecario, excluyendo de él a la expareja. Aunque se había aportado toda la documentación requerida de la unidad familiar para el estudio de la solicitud de reestructuración de deuda, de conformidad con el RDL 6/2012, la entidad requirió la documentación del otro titular del préstamo —la expareja—, lo que se ha considerado ajustado a la normativa y a las buenas prácticas bancarias.

Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores

El artículo 2 del RDL 6/2012, en su párrafo segundo, establece[74] 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 «los 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 CBP, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión».

Son habituales las operaciones en las que familiares —generalmente, padres respecto de sus hijos— avalan a los prestatarios en la compra de viviendas, o en las que los administradores avalan a la mercantil a la que representan, aportando todos ellos como garantía su vivienda habitual. El RDL 6/2012 garantiza la protección de los garantes de las operaciones hipotecarias, con el fin de salvaguardar su vivienda habitual, siempre que se encuentren en el umbral de exclusión.

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

Para ello resulta fundamental que la entidad acreedora, tan pronto sea conocedora de la difícil situación económica en la que los deudores se encuentran, informe sobre la existencia y el contenido del CBP, en aras de su posible aplicación. Dicho deber de información se extiende, igualmente, a los fiadores y avalistas, por aplicación del artículo 2 anteriormente descrito.

En alguna ocasión, la parte 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 se negaba a aplicar el 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. El DCE manifestó que no podía emitir pronunciamiento sobre la cuestión planteada, en tanto enmarcada dentro del ámbito del derecho privado, y 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.

8.2.2 Ámbito objetivo

La última versión del CBP[75] contempla la protección del deudor hipotecario, con independencia de la fecha de formalización del préstamo[76]. Así, el artículo 2 del 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 que se produjo el 11 de marzo de 2012, sin que resultara de aplicación a los formalizados con posterioridad.

Asimismo, el inmueble hipotecado ha de tener la condición de vivienda habitual de la unidad familiar del deudor hipotecario, considerando el legislador que la vivienda habitual de las personas es un bien de relevancia suficiente como para dotarla de un régimen de protección especial que no puede extenderse a supuestos distintos de los contemplados en la norma —p. ej., segunda residencia del deudor, local de negocio u otras—.

---

75 A partir de la reforma del RDL 6/2012 mediante la Ley 5/2019, que entró en vigor el 16 de junio de 2019.

76 El preámbulo de la Ley 5/2019, por lo que respecta a la motivación de la modificación del RDL 6/2012, indica que se ha hecho «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».

El RDL 6/2012 establece unos parámetros de sujeción al CBP, señalando que procede la aplicación del mismo cuando el precio de adquisición de la vivienda no exceda de determinados valores, cuyo cálculo se recoge en la norma.

Además, establece un doble régimen en cuanto a los requisitos exigibles para acceder a unas y a 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 5.2 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.
>
> 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, sus metros cuadrados, así como el índice de precios de la vivienda elaborado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana[77] —Ministerio de Fomento, en redacción dada por el RDL 6/2012—. 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 referido, en función de la provincia y del 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—.

77 Se puede consultar dicho dato en el sitio web del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

A este respecto, la Comisión de Control del CBP ha precisado que el precio de adquisición debe entenderse sin IVA[78] y que, cuando la norma hace referencia a la extensión del inmueble, se refiere a los metros cuadrados construidos[79].

En este sentido, en el expediente R-202123614, la entidad había denegado la solicitud de reestructuración de deuda de su cliente al superarse el límite del artículo 5.2 del RDL 6/2012. Efectuados los cálculos de acuerdo con la documentación aportada, este Departamento 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 arrojaba el índice de precios de la vivienda para la provincia en la que estaba radicado el bien, según las tablas publicadas por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Tal magnitud se obtenía haciendo la media aritmética de los cuatro valores trimestrales correspondientes al año en el 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, multiplicando 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 Departamento.

Por otro lado, en el expediente R-202125986, la entidad había emplazado a su cliente para realizar la tasación de la vivienda, si bien este, dada su difícil situación económica, consideraba que no podía asumir este gasto, y solicitó una solución sin ningún coste adicional. Este Departamento indicó que el RDL 6/2012 no exige como requisito para la aplicación de las medidas del CBP la tasación actualizada de la garantía del préstamo —la vivienda hipotecada—, por lo que su no realización no podía ser un impedimento para aplicar lo dispuesto en el citado Código. En todo caso, se estableció que, si llegaba a realizarse la tasación, deberían ser las entidades, y no los prestatarios, las que asumieran el gasto que lleva aparejado.

En otras ocasiones, 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 que 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 Departamento indicó que el 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, de considerarlo oportuno, debería instar el procedimiento pertinente para lograr la concordancia anteriormente indicada. En todo caso, el DCE ha indicado la necesidad de que el pronunciamiento emitido esté

78 Consulta 14 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.
79 Consulta 16 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

basado, siempre que ello sea posible, en los datos que figuren en las correspondientes oficinas públicas, ya sea en el Registro de la Propiedad o en el Catastro, sin que le corresponda determinar qué magnitud, de las indicadas por cada una de las partes, debe tomarse en consideración. Tal determinación requeriría la valoración por parte de expertos con conocimientos especializados en esta materia técnica, aspecto ajeno a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas bancarias y usos financieros, ámbito de actuación reconocido al DCE.

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

Tras la modificación del RDL 6/2012 operada por la Ley 1/2013[80], para el caso de reestructuración de la deuda hipotecaria, no es exigible que el destino del préstamo sea 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 o exigentes, y sí que es exigible que el préstamo tenga por destino la adquisición de la vivienda habitual, de conformidad con el artículo 3.2.b) del RDL 6/2012 —si bien no tiene por qué financiar única y exclusivamente dicha vivienda—.

8.3 Tramitación

8.3.1 Publicidad

El punto 5[81] del CBP refleja la obligación de las entidades de publicitarlo:

> «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.»

80 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 gravaba 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 DCE de 2012, 2013 y 2014, la financiación no tenía por qué tener como finalidad única y exclusiva la adquisición de la vivienda.

81 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 gravaba 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 DCE de 2012, 2013 y 2014, la financiación no tenía por qué tener como finalidad única y exclusiva la adquisición de la vivienda.

A las entidades les incumbe realizar, en particular entre sus clientes, la debida publicidad del CBP, tanto de su existencia como de su contenido. Esto es así porque la detección y solución tempranas de las situaciones de dificultad sobrevenida para el pago de la deuda hipotecaria resultan de gran relevancia. En este sentido, una política activa por parte de las entidades, dirigida 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, siendo esta 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 producirá tan pronto como el deudor le manifieste, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria y, como muy tarde, cuando se produzca el incumplimiento del pago de la primera cuota—, le incumbe a la acreedora informar al deudor, de forma individualizada y por escrito, sobre su adhesión al Código, su contenido —medidas y condiciones de aplicación—, los requisitos que han de reunirse para su aplicación y la documentación que se ha de aportar para acreditar la exclusión, facilitando la presentación de la solicitud correspondiente. No es suficiente, a estos efectos, la información que la entidad pueda ofrecer en tablones de anuncios, en su sitio web o por otros medios no individualizados.

El artículo 5.9 del RDL 6/2012 recoge el deber de información y, reforzando la mencionada obligación de publicidad del punto 5 del CBP, señala a este respecto:

> «Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.»

Y tal es la importancia de esta disposición que el artículo 15 del RDL 6/2012, sobre el «régimen sancionador», le atribuye la condición de normativa de ordenación y disciplina. Al régimen sancionador se le dedica un apartado propio, si bien, dada su relevancia en este concreto apartado, se adelanta aquí su contenido.

Son numerosos los pronunciamientos del DCE respecto a esta cuestión. Así, en el informe correspondiente al expediente R-202120970 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina 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, en lugar de ofrecerle una refinanciación al margen del Código, con medidas menos ventajosas que las previstas en él.

En el expediente R-202122674, la parte reclamante había mostrado dificultades para el pago de su préstamo desde hacía años, lo que motivó que en 2019 la entidad lo declarara vencido anticipadamente 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 o de los requisitos que habría de reunir para la aplicación de sus medidas. Esto mereció que el DCE considerara que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, con el agravante de que el posible señalamiento de subasta del bien hipotecado suponía la imposibilidad de solicitar la reestructuración de la deuda y la dación en pago conforme al CBP.

Por otro lado, existen casos en los que los prestatarios, dadas sus dificultades de pago, solicitan la tercera medida del CBP —dación en pago de su vivienda, así como el alquiler social de la misma—. En estos supuestos, este Departamento ha considerado que la entidad debe informar de que las medidas dispuestas en el CBP no son ni simultáneas, ni alternativas, ni se aplican según la libre elección del cliente o de la entidad, sino que son sucesivas, razón por la cual, solo en caso de que la reestructuración resulte inviable, debe abordarse el estudio del resto de las medidas: la quita y la dación en pago de la vivienda hipotecada.

8.3.2 Solicitud del cliente y respuesta de la entidad

Presentada la solicitud 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 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 lo más rápidamente posible

La entidad ha de proceder al análisis de la solicitud y documentación de forma rápida y diligente, requiriendo aquella no aportada y necesaria para la resolución, que ha de ser concretada. No resulta, pues, diligente que, por la falta de un documento, se inste a que se vuelva a adjuntar lo ya entregado mediante un formulario estandarizado, como tampoco lo es que tal requerimiento se formule después de varios meses desde la primera presentación y, en ocasiones, al recibir desde el DCE 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, a la vista de sus concretas circunstancias, pudiera ser viable.

Asimismo, tampoco podría considerarse adecuado que se deniegue, sin más, una solicitud de reestructuración sin justificar tal decisión. 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»[82]. Al contrario, se deberá especificar qué concretos requisitos exigidos por el RDL 6/2012 se incumplen, qué documentación se ha tenido en cuenta en función de los integrantes de la unidad familiar y las posibles vicisitudes en que pudieran encontrarse, así como los cálculos y consideraciones realizadas. En todo caso, la falta de motivación podría llegar a producir indefensión en el 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, en su caso, para estudiar alternativas.

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

Como se ha indicado, las medidas que estipula el CBP son de aplicación sucesiva. Así, la primera de ellas es la reestructuración de la deuda hipotecaria. De resultar inviable, procedería el estudio de la segunda —la quita en el capital pendiente de amortización, que es facultativa para la entidad— o, en su caso, la de la dación en pago de la vivienda habitual. La cuarta y última es el derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

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

Según establece el 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 de forma graciable las medidas previstas en el Código, y ello 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

La regulación de esta medida se encuentra en el punto 1 del CBP para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

El apartado a) de este punto establece que «[l]os 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 adherida al CBP tiene la obligación de formular el plan de reestructuración[83].

El propio artículo 5.4 del RDL 6/2012, precepto que merece la consideración de norma de ordenación y disciplina, establece que «[d]esde 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».

De conformidad con el literal de este artículo, así como con la finalidad de la norma, los efectos del plan de reestructuración se han de retrotraer al momento en que el deudor acredite que se encuentra en el umbral de exclusión, sin que pueda entenderse que, en este momento, se inicia un procedimiento de negociación y acuerdo de reestructuración de deuda que finaliza con la formalización de una novación. En este sentido, se ha pronunciado la sentencia 73/2022 del Tribunal Supremo —Sección Tercera de la Sala Tercera— en el recurso de casación número 675/2020.

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

Cabe recordar que no podrán formular solicitud de reestructuración los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de subasta.

No obstante, si se hubiera producido el anuncio de la subasta y, posteriormente, hubiera recaído otra resolución judicial cuyo efecto incluyese la anulación, la declaración de inexistencia o la retroacción de las actuaciones procesales a un momento anterior a la fecha de publicación de dicho anuncio, el deudor conservaría su derecho a presentar la solicitud de reestructuración[84]. Esta situación se daría en aquellos supuestos en los que se hubiera suspendido la subasta por un período superior a quince días, de acuerdo con el artículo 649.2 de la Ley 1/2000[85], de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El anuncio anterior habría quedado sin virtualidad y el deudor podría solicitar la reestructuración de la deuda conforme al CBP.

Por otro lado, se ha de precisar que el anuncio de la subasta se realiza en el *Boletín Oficial del Estado.* Precisamente, hasta ese momento, los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución pueden solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria[86], en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 645 de la Ley 1/2000[87], de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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.

84 Consulta 28.a del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

85 Artículo 649.2 de la LEC: «La suspensión de la subasta por un período superior a quince días llevará consigo la devolución de las consignaciones, retrotrayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio como si de una nueva subasta se tratase».

86 Consulta 28.b del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

87 Artículo 645 de la LEC: «1. Una vez firme la resolución prevista en el artículo anterior, la convocatoria de la subasta se anunciará en el Boletín Oficial del Estado, sirviendo el anuncio de notificación al ejecutado no personado. El Letrado de la Administración de Justicia ante el que se siga el procedimiento de ejecución ordenará la publicación del anuncio de la convocatoria de la subasta remitiéndose el mismo, con el contenido a que se refiere el artículo siguiente y de forma telemática, al Boletín Oficial del Estado. Igualmente, y solo a efectos informativos, se publicará el anuncio de la subasta en el Portal de la Administración de Justicia».

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 hipotecario[88].»

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 a la entidad, en todo momento, una propuesta de plan de reestructuración, que será analizada por la entidad, que, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en los que se fundamenta.

En todo caso, el plan de reestructuración propuesto puede mejorar las previsiones contenidas en el Código, sin que, por otro lado, resulte admisible la aprobación de un plan que suponga un empeoramiento para el deudor de las condiciones inicialmente pactadas, lo que chocaría frontalmente con el espíritu del RDL 6/2012.

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, 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 hipotecaria[89].

Por otro lado, cuando le sea propuesto por el deudor el plan de reestructuración, la entidad advertirá sobre su carácter viable o inviable. La viabilidad del plan es objetiva

88 Medida introducida por el RDL 1/2015.

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

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 %[90] 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 actuales[91]. 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»[92]—.

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

Es práctica generalizada que el plan de reestructuración se eleve a escritura pública, si bien esta opción resulta potestativa para las partes. Ahora bien, en su ausencia, los terceros de buena fe no podrán verse perjudicados por la modificación y esta no podrá acceder al registro[93]. Así, el propio artículo 5.4 del RDL 6/2012 dispone que «cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el CBP. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite».

Respecto a la información que la entidad financiera debe facilitar con carácter previo al otorgamiento de escritura pública, interesa el pronunciamiento efectuado por la Dirección General de los Registros y del Notariado —ahora, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario *(BOE* del 30).

La consulta 12 de esta instrucción, relativa a la aplicabilidad de la Ley 5/2019 a las operaciones de reestructuración conforme al CBP, resuelve que hay que distinguir dos situaciones: i) la simple aplicación de las medidas legalmente predeterminadas —sobre intereses de demora, establecimiento de carencia, ampliación del plazo del

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

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

92 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—.

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

préstamo, reducción del interés durante el período de carencia, supresión de la cláusula suelo, eliminación de la compensación por amortización anticipada e, incluso, la concesión de la quita—, y ii) aquellas operaciones que, además de aplicar las condiciones que establece el CBP, introducen la modificación de otras disposiciones del préstamo y/o la reunificación del conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

Según resuelve la consulta, el primer supuesto «no parece constituir por sí mismo una novación del mismo [referido al contrato de préstamo constituido con anterioridad] para sujetarlo a un nuevo clausulado y condiciones que debiera dar lugar a la aplicación de la Ley 5/2019». Por el contrario, el segundo supone una novación del préstamo, de forma que necesariamente se han de cumplir las normas sobre las formalidades informativas y el acta previa, así como las limitaciones sustantivas[94] impuestas.

Por lo que se refiere a los efectos de la novación del contrato, el artículo 5.5 del RDL 6/2012 establece: «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 4.3[95] de la nombrada Ley 2/1994 dispone que las modificaciones del clausulado del préstamo no supondrán 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 ocasiones, las entidades han excusado la no aplicación de la reestructuración prevista en el Código por la pérdida de rango registral que comportaría aquella. No obstante, no 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. En este sentido, la Comisión de Control del CBP[96] 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 umbral de exclusión sin que en la norma se establezca ninguna previsión que lo exceptúe y sin que sea competencia

94 Las limitaciones sustantivas se refieren a los siguientes artículos de la Ley 5/2019: artículo 20, Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera; artículo 21, Variaciones al tipo de interés; artículo 23, Reembolso anticipado; artículo 24, Vencimiento anticipado, y artículo 25, Interés de demora.

95 Artículo 4.3 de la Ley 2/1994: «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».

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

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 Departamento 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 el DCE, a modo de ejemplo, la posibilidad de abordar una quita, o reunificar la deuda o, como prevé la Ley 2/1994, solicitar la aceptación de esta por los titulares de derechos inscritos con rango posterior.

Por otro lado, hemos de referirnos a aquellos casos en los que, habiéndose cedido o titulizado el préstamo hipotecario, se dan los presupuestos para la aplicación del CBP, en tanto la entidad está adherida a él y la parte prestataria ha presentado la correspondiente solicitud acreditando que se encuentra en el umbral de exclusión. Las figuras de cesión y de titulización de un préstamo hipotecario han sido objeto de análisis en el epígrafe 7.17 de esta Memoria. Cabe señalar, no obstante, que en el ámbito de aplicación del CBP, este Departamento tiene en cuenta en sus pronunciamientos, además, las consideraciones que a continuación se recogen.

En caso de llevarse a cabo una cesión del préstamo hipotecario, la entidad cedente —prestamista original del préstamo— no puede obviar el compromiso asumido desde su adhesión al CBP. Ello implica, en última instancia, que, si la parte prestataria solicitante de las medidas del Código se encuentra en el umbral de exclusión, debería haberlo tenido en cuenta en el momento de realizar la cesión del crédito. Esta limitación debe considerarse implícita en la cesión misma, toda vez que no es admisible que se pueda transferir a otro —el cesionario— más derecho que el que uno mismo —el cedente— tiene, tal y como expresa el principio «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat».

En este mismo sentido, la Ley Hipotecaria, en su artículo 149, tras reconocer que el préstamo hipotecario podrá cederse en todo o en parte, establece que: «El deudor no quedará obligado por dicho contrato [de cesión] a más que lo estuviere por el suyo». Este Departamento considera que no resultaría congruente con esta norma que, de no haberse llevado a cabo la cesión y cumpliéndose los requisitos del RDL 6/2012, se proceda a la aplicación del CBP y que, por el contrario, habiéndose cedido el préstamo, no pueda oponerse al nuevo acreedor —cesionario— la aplicación de las medidas de dicho Código. En tanto que el acceso a las medidas del Código benefician, claramente, al prestatario —deudor de la operación—, restringir el acceso a su aplicación por el hecho mismo de la cesión implicaría, de facto, que la entidad estaría transmitiendo mayor derecho del que efectivamente tiene.

Igualmente, debe hacerse referencia al apartado 1 del artículo 28 Bis de la Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE —pendiente de transposición al ámbito nacional—, que, al referirse a la cesión de los derechos del prestamista o del propio contrato de crédito, establece que, «[c]uando los derechos del prestamista en virtud de un contrato de crédito o el propio contrato de crédito sean cedidos a un tercero, el consumidor podrá hacer valer ante el nuevo titular las mismas excepciones y defensas que ante el prestamista original, entre ellas el derecho a una compensación si así se permite en el Estado miembro de que se trate».

Con base en las anteriores consideraciones, este Departamento ha manifestado, en los informes sobre esta materia, que no puede considerase adecuado que la entidad —que, por propia decisión, se encuentra adherida al CBP— proceda a ceder la deuda de su cliente a un tercero sin haber verificado previamente el cumplimiento de dicho Código a efectos del cumplimiento de los deberes de información y aplicación de medidas.

Asimismo, se considera inadecuado que la escritura de cesión de deuda no prevea el régimen aplicable, al que la entidad se había obligado con su adhesión al CBP, para el caso de que se presentara la solicitud de aplicación del Código y los prestatarios se encontraran dentro del umbral de exclusión.

Por lo que se refiere a los préstamos hipotecarios titulizados, hemos de señalar que, siguiendo la línea marcada por la Comisión de Control del CBP[97], el hecho de que un préstamo se encuentre titulizado no excluye, de entrada, la aplicación del Código, en tanto no existe previsión legal al respecto.

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.

Por lo que se refiere a los pronunciamientos judiciales referidos a solicitudes de aplicación del CBP, hemos de hacer mención a la sentencia 410/2019, de 9 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo —recurso 607/2017—, que, dictada después de que hubiera sido ejecutada la vivienda habitual de los prestatarios, estimó la solicitud de reestructuración de deuda presentada una vez iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la publicación de la subasta. La entidad había rechazado la aplicación de la primera medida del Código alegando causas que no estaban legalmente previstas, continuando el procedimiento judicial iniciado, que culminó con la ejecución de la garantía del préstamo. Con independencia de este procedimiento, la parte deudora presentó demanda en defensa de su derecho a que le aplicaran la reestructuración solicitada. Aun cuando en primera y

97 Consulta 19 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

segunda instancia se consideró inviable reactivar el préstamo hipotecario una vez ejecutada la garantía, el Alto Tribunal estimó la reestructuración solicitada, en tanto: i) el banco debía haberla atendido, y ii) al considerar que la prosperabilidad de la acción judicial ejercitada por los prestatarios —solicitando la reestructuración, al amparo del CBP— no podía quedar supeditada a que el banco no hubiera consumado la realización de la garantía. Y, así, dispone que «ante la imposibilidad de dar cumplimiento *in natura* a la condena de hacer (otorgar la reestructuración de la deuda reclamada), haya que optar por el cumplimiento por equivalencia (la indemnización de los daños y perjuicios sufridos)».

Expuestos los criterios generales de aplicación, ha de destacarse que, con carácter general, las reclamaciones presentadas versan, bien sobre deficiencias en relación con el plan de reestructuración mismo, bien acerca de la ausencia misma de formulación de un plan.

Así, en el expediente R-202104435 la entidad había reconocido que su cliente se encontraba en el umbral de exclusión y que la reestructuración de su deuda era viable. No obstante, no formuló el preceptivo plan de reestructuración, condicionando su aplicación a la firma de la escritura en la que se plasmaran las nuevas condiciones del préstamo y con efectos desde ese momento. Este Departamento concluyó que la falta de formulación del correspondiente plan de reestructuración —en el plazo de un mes desde la acreditación de encontrarse en el umbral de exclusión y con efectos desde que quedó acreditado que el prestatario estaba en el umbral de exclusión— podría suponer un quebrantamiento de la normativa de ordenación y disciplina y, en todo caso, una mala práctica bancaria.

En el R-202117734, la entidad, tras reconocer que el cliente se encontraba en el umbral de exclusión, indicó que la reestructuración conforme al CBP no era viable en tanto el reclamante no estaba percibiendo ingresos. No obstante, este Departamento indicó que, conforme determina la norma, la viabilidad del plan es objetiva. Según los cálculos ofrecidos por la propia entidad, la cuota que resultaba del euríbor aplicable —en valores negativos— más el diferencial del 0,25 % era de cero. Ello impedía considerar que el plan de reestructuración fuera inviable, dado que la cuota mensual —cero— no era superior al 0 % de los ingresos mensuales de la unidad familiar —que eran también cero—.

En otras ocasiones, la entidad condicionó la firma del plan de reestructuración de la deuda hipotecaria conforme al CBP a que su cliente firmara previamente un préstamo personal para reunificar las cuotas atrasadas, o a que completase el pago de la deuda pendiente En estos casos, en los que la parte reclamante se encontraba en el umbral de exclusión, este Departamento concluyó que las entidades implicadas pudieron haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, 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 que no reúne las condiciones previstas en el Código para refinanciar la deuda o que exija la puesta al día del préstamo.

Medidas complementarias: la quita

La quita en el capital pendiente de amortización es la segunda medida que recoge el CBP, en su apartado 2. Esta medida será de aplicación cuando el plan de reestructuración resulte inviable en los términos establecidos en el propio Código, es decir, cuando la cuota hipotecaria mensual resulte superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

La medida es discrecional para la entidad, de forma que esta tiene la facultad de aceptarla o de rechazarla en el plazo de un mes, a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

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 con la dación en pago, la quita puede ser solicitada por los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo, podrá solicitarse por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión, no hayan podido optar por 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

La dación en pago de la vivienda habitual es la tercera medida que recoge el CBP, en su apartado 3. Mediante la entrega de la vivienda que constituye la garantía del

préstamo, se da por cancelada definitivamente la deuda hipotecaria, así como las responsabilidades personales del deudor y de terceros derivadas de aquella.

En tanto que las medidas recogidas en el CBP son de aplicación sucesiva, la solicitud de la dación en pago de la vivienda habitual procede cuando el plan de reestructuración —primera medida del Código— haya resultado inviable y la entidad haya optado por no aplicar la quita del capital pendiente de amortización —segunda medida, que tiene carácter discrecional—.

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.

Así, con respecto a los subjetivos, para poder considerar a los deudores de un préstamo o de un crédito en el umbral de exclusión a los efectos de aplicar esta medida, además de los requisitos establecidos en el artículo 3.1 del RDL 6/2012, 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, como se ha analizado en el epígrafe de esta Memoria dedicado al *umbral de exclusión.*

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación del Código, para que resulte posible la dación en pago de la vivienda habitual, el precio de adquisición de la vivienda no puede superar el límite que figura en el párrafo 2 del artículo 5.2 del RDL 6/2012, el cual no se incrementa —en un 20 %— como ocurre con la reestructuración de la deuda y la quita, siendo que el límite absoluto asciende a 250.000 euros —y no a 300.000, como en las otras medidas—. A ello se hace referencia en el epígrafe de este capítulo dedicado al ámbito objetivo.

Asimismo, existen dos límites temporales para esta medida. Por un lado, 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.

Por otro, la petición de esta medida se ha de efectuar en el plazo de 12 meses desde que se produjo la solicitud de reestructuración de deuda. Transcurrido este plazo, no procederá la dación en pago de la vivienda habitual al amparo del CBP. Esto no es óbice para que la entidad acepte una dación en pago extintiva de una deuda hipotecaria como una decisión enmarcada en el ámbito de su política comercial y de riesgos operativos.

Una vez presentada la solicitud de dación por parte de un cliente, compete a la entidad tramitarla con la máxima diligencia y urgencia.

Si no procediera esta medida, porque no se cumplieran los condicionantes anteriormente indicados, la entidad deberá dar respuesta a su cliente motivando con suficiente concreción la causa del rechazo.

Ahora bien, en caso de reunirse todos los requisitos, procede la aplicación de la dación en pago, lo que supone que la entidad está obligada a aceptar la entrega de la vivienda hipotecada por parte del deudor —bien sea a la propia entidad o a un tercero que esta designe—, quedando con ello cancelada totalmente la deuda.

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 anual 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 %[98].

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».

Por lo que se refiere a las reclamaciones presentadas, a modo de ejemplo, en alguna ocasión, la parte reclamante había solicitado la dación en pago de su vivienda conforme al CBP. Al encontrarse el cliente en el umbral de exclusión, la entidad presentó un plan de reestructuración. No conforme con dicha opción, este reiteró su solicitud originaria de dación en pago de la vivienda. En supuestos como el comentado, resulta vital que la entidad informe correctamente a su cliente de que las medidas que recoge el CBP 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—. Cualquier otra alternativa se enmarcaría dentro de lo que se denomina «política comercial y de riesgos» de la entidad.

Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual

El derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual es la cuarta —y última— medida del CBP, introducida por el RDL 5/2017.

A diferencia del resto de las medidas —reestructuración de la deuda hipotecaria, quita en el capital pendiente de amortización y dación en pago de la vivienda habitual—, que tratan de conseguir el cumplimiento de los compromisos adquiridos al formalizar el préstamo hipotecario y evitar la reclamación de la deuda a través de un procedimiento judicial, el derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda

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

habitual procede cuando se ha seguido contra el deudor hipotecario un procedimiento ejecutivo que ha culminado con la ejecución de la vivienda garantía del préstamo y, a mayor abundamiento, ha sido suspendido el lanzamiento[99].

Para que esto haya tenido lugar, el deudor ha de encontrarse en situación de especial riesgo de exclusión, de conformidad con el artículo 1.1 de la Ley 1/2013. Según este, se han de cumplir las siguientes premisas:

1 La garantía del préstamo, que ha sido ejecutada, era la vivienda habitual del deudor.

2 El deudor se ha de encontrar en uno de los siguientes supuestos de especial vulnerabilidad:

a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o con su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

g) Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género.

h) Deudor mayor de 60 años.

---

99 Se podrá aplicar la suspensión del lanzamiento hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, es decir, hasta el 15 de mayo de 2024, de conformidad con la modificación introducida por el artículo 2 del RDL 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

3 Se han de dar las circunstancias económicas siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el IPREM anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, o persona con discapacidad física o 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. El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en:

   i) 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales.

   ii) 0,10 veces el IPREM para el resto de las familias.

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.

   Esto ocurre cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y se hubiera concedido para su adquisición.

El deudor cuyo lanzamiento haya sido suspendido al cumplir los requisitos anteriores y esté situado en el umbral de exclusión podrá solicitar esta medida en el plazo de seis meses desde la suspensión del lanzamiento. Entonces, la entidad acreedora adherida al CBP concederá el alquiler de la vivienda por una renta anual máxima del 3 % de su valor en el momento de la aprobación del remate. Este valor estará 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.

El arrendamiento conforme al CBP tendrá duración anual y será prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Transcurrido este

plazo, ambas partes pueden acordar la prórroga anual por otros cinco años adicionales.

Otras ventajas

Además de las medidas estudiadas, el RDL 6/2012 recoge otra serie de ventajas aplicables al deudor hipotecario al que resulte de aplicación el CBP, que tratan de aliviar su situación y de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones.

La limitación de los intereses moratorios

El interés moratorio, de acuerdo con el artículo 4 del RDL 6/2012, será el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados un 2 %[100] sobre el capital pendiente del préstamo.

Los intereses así calculados son de aplicación al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión a partir del momento de acreditación de esta circunstancia, es decir, desde la presentación de la solicitud de cualquiera de las medidas del CBP con la documentación completa. En la práctica, es evidente que la entidad no lo puede hacer de forma inmediata en tanto que debe valorar las circunstancias, y que la formulación del plan supone un desfase 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.

Por otro lado, la fórmula de cálculo se aplica sobre «el capital pendiente del préstamo». Preguntada la Comisión de Control del CBP[101] sobre cómo ha de entenderse esta expresión —si el término «capital» comprende exclusivamente el capital principal pendiente del préstamo o, por el contrario, incluye el capital principal más los intereses devengados y no pagados—, dicha comisión ha resuelto que el término «capital» ha de interpretarse «con exclusión de los intereses que se hubieran generado». Es más, siendo el RDL 6/2012 una norma imperativa, que se impone a lo pactado por las partes, el cálculo de los intereses moratorios debe realizarse en los estrictos términos que ha previsto el artículo 4 del RDL.

En este sentido, la Comisión de Control ha indicado que, aun en el caso de que las partes, de acuerdo con el artículo 317 del Código de Comercio, hayan optado por capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, tampoco pueden incluirse estos intereses a los efectos de calcular el capital pendiente del préstamo.

---

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

101 Consulta 20 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y de créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del RDL 6/2012 quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados[102].

— 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), 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 marzo[103].

---

102 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.

103 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 RDL 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 alcanza 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: [...] 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 concurran 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 equiparará 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».

— 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 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 patrimonio[104].

— 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 hipotecado[105].

Expuesto el régimen de las ventajas fiscales y notariales que la aplicación de las medidas del CBP puede 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.

En alguna ocasión, ante este Departamento se ha planteado una 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

---

104 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 el 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 RDL 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 alcanza 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 concurran 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.»

105 Artículo 11 del RDL 6/2012.

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. El DCE 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 RDL 6/2012 y que la parte reclamante cumplía todos los requisitos para la dación en pago, al amparo del CBP.

8.3.4 Solicitud de aplicación por segunda vez de las medidas del Código de Buenas Prácticas (CBP)

Como ya se ha dicho anteriormente, la finalidad de la reestructuración de la deuda conforme al CBP es alcanzar su viabilidad a medio y largo plazo. Aprobado el plan de reestructuración, durante los cinco primeros años, se establece un período de carencia durante el cual el deudor solo satisfará la cantidad correspondiente a intereses (euríbor más 0,25). Finalizado este, las cuotas del préstamo comprenderán capital e intereses, de acuerdo con las condiciones inicialmente pactadas —o novadas posteriormente—.

En este punto, llegado el fin del período de carencia aplicado a la reestructuración de la deuda conforme al Código, puede ocurrir que los deudores del préstamo no hayan logrado mejorar su situación económica y soliciten de nuevo la aplicación de las medidas del CBP: la reestructuración de la deuda hipotecaria, la quita en el capital pendiente de amortización o, incluso, la dación en pago de la vivienda habitual.

Pese a esto, no es posible la aplicación en más de una ocasión de alguna de las medidas del Código[106]. Así, la entidad no estaría obligada a aplicar una nueva reestructuración de deuda una vez finalizado el período de carencia de otra que se hubiera aprobado cinco años antes.

Si el deudor hipotecario hubiera solicitado una quita del capital pendiente de amortización porque el plan de reestructuración hubiera devenido inviable —la inviabilidad del plan puede ser originaria, desde el mismo momento de aprobación del plan de reestructuración, o bien sobrevenida en un momento posterior—, la entidad deberá estudiar la aplicación de esta segunda medida cuando se reúnan los

106 Consulta 27 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

requisitos y plazos previstos por la norma, y aceptarla o rechazarla en el plazo de un mes desde que se acredite la inviabilidad del plan de reestructuración, recordando, en cualquier caso, como se ha dicho anteriormente, que su aceptación es discrecional para la entidad.

Por otro lado, se ha planteado si resultaría de aplicación la dación en pago de la vivienda habitual conforme al CBP una vez finalizado el período de carencia, o antes del vencimiento de este. La respuesta a dicho planteamiento ha de ser negativa, pues la propia regulación de esta medida —apartado 3.a) del CBP— establece que tal solicitud de dación habría de efectuarse en el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, y siempre que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables[107].

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2021 solicitando, bien una segunda reestructuración de la deuda, bien una dación en pago de la vivienda habitual. En todos los casos, este Departamento se ha ajustado a lo indicado en los párrafos anteriores, añadiendo que cualquier actuación de la entidad respecto a las pretensiones de su cliente se enmarcaría dentro de su política comercial y de asunción de riesgos.

8.4 Responsabilidad del deudor, tipos infractores y actuación supervisora

8.4.1 Responsabilidad del deudor y tipos infractores

El RDL 6/2012 nace con vocación de solucionar la difícil situación en la que se encuentran aquellos deudores hipotecarios que carecen de recursos suficientes para hacer frente a la deuda hipotecaria cuya garantía es 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, el deudor hipotecario que se hubiese beneficiado tanto de las medidas del Código como del resto de las ventajas recogidas en el RDL 6/2012 —p. ej., intereses moratorios— sin reunir los requisitos establecidos para estar en el umbral de exclusión o bien, voluntaria y deliberadamente, se hubiera situado o mantenido en dicho umbral, 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, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que su conducta pudiera haber dado lugar[108].

---

107 Consulta 30 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

108 Artículo 7 del RDL 6/2012.

Por otro lado, la entidad debe cumplir los mandatos del RDL 6/2012 en sus términos y, más en particular, el propio CBP al que voluntariamente se ha adherido. Por lo que se refiere al régimen sancionador aplicable a la entidad, el artículo 15[109] 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 Ley[110].»

Conforme a lo establecido en este artículo, tres son las disposiciones que tienen la consideración de normativa de ordenación y disciplina:

1 El artículo 5.9 del RDL 6/2012, que se refiere a la obligación de las entidades adheridas al CBP (en particular, a través de su red comercial de oficinas) de informar a aquellos clientes con dificultades en el pago de su deuda hipotecaria sobre la existencia del Código, su contenido y la posibilidad de acogerse a él. A esta materia ya nos hemos referido en el apartado dedicado a «Publicidad».

2 El artículo 5.4 del RDL 6/2012, que establece la obligatoriedad para la entidad adherida al CBP de aplicar las previsiones de este desde que el deudor hipotecario acredite que se encuentra en el umbral de exclusión.

3 El artículo 6.5 del RDL 6/2012, que se refiere a la obligación de las entidades adheridas de remitir al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la Comisión de Control y, en todo caso:

   a) El número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del CBP.

   b) Información relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas.

---

109 Artículo introducido por la Ley 1/2013.

110 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».

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 formuladas ante el Banco de España derivadas del presunto incumplimiento del CBP.

La condición de normativa de ordenación y disciplina implica que, en caso de incumplimiento de estas disposiciones por parte de una entidad, se dará traslado a los servicios de supervisión correspondientes[111] para el estudio y la valoración de su conducta, tramitándose, en su caso, el oportuno expediente sancionador. En este sentido, aun cuando el CBP sea de asunción voluntaria por parte de las entidades, en la medida en que los incumplimientos de las obligaciones que imponen los preceptos citados pueden ser objeto de sanción administrativa una vez adheridas, estas deben estar en disposición de acreditar su debido cumplimiento.

8.4.2 Actuación supervisora del DCE

Durante los últimos años, la División de Supervisión de Conducta de Entidades, del DCE, ha dedicado importantes esfuerzos a verificar la correcta aplicación, por parte de las entidades adheridas, del RDL 6/2012 y del CBP recogido en su anexo. 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, se han apreciado deficiencias y debilidades, que han motivado la adopción de las correspondientes medidas supervisoras para asegurar que estas cumplieran adecuadamente 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. Asimismo, en ejercicios anteriores, se han sancionado conductas como no informar debidamente sobre el CBP y la posibilidad de solicitar su aplicación, no solo *ab initio,* sino también a lo largo de la tramitación de la solicitud, o de aplicar un plazo de reestructuración distinto a los 40 años sin que conste que medie solicitud previa de otro plazo por parte del cliente.

---

111 De acuerdo con el artículo 50.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: «El Banco de España es la autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito y de las demás entidades previstas en el artículo 56, para garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina. Para el ejercicio de esta función podrá desarrollar las actuaciones y ejercer las facultades previstas en esta Ley y cualesquiera otras que le atribuya el ordenamiento jurídico.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias que el ordenamiento jurídico atribuya a otras instituciones u órganos administrativos».

Con carácter general, las referidas medidas supervisoras tienen por objeto, principalmente, 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 la iniciativa del deudor, información individualizada y por escrito (sin perjuicio de que se haga también por otros medios) sobre la existencia del CBP, su contenido y las posibilidades de acogerse a él, tan pronto como un cliente manifieste, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda y, como muy tarde, cuando haya incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria. Adicionalmente, a propósito de la reclamación de cuotas impagadas, facilitar información sobre el CBP, así como un vínculo a la información disponible en el sitio 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). A fin de poder recabar dicha documentación, la entidad deberá informar al deudor, con la mayor brevedad, de la documentación pendiente de entrega y necesaria para poder acceder a las solicitudes de acogimiento a las medidas del CBP.

- 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 situado 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 el 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 el 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.

8.5 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas

Corresponde al Banco de España (en particular, al DCE) la tramitación de las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del CBP por parte de las entidades a él adheridas[112]. El procedimiento que se debe seguir —común a todas las reclamaciones presentadas ante este Departamento— exige que el cliente se dirija, en primer lugar, al SAC de la entidad financiera, o al Defensor del Cliente si este último hubiera sido designado. Inadmitida o desestimada la reclamación, o

112 Artículo 6.6 del RDL 6/2012.

transcurrido el plazo de contestación sin haber recibido respuesta —un mes desde su presentación, en caso de consumidores—, el deudor hipotecario se podrá dirigir al DCE planteando el hecho controvertido. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales competentes en defensa de los derechos legítimos[113].

Por otro lado, el cumplimiento del CBP por parte de las entidades adheridas será supervisado por una Comisión de Control constituida al efecto[114].

Entre las funciones de la Comisión, figuran recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España[115] y publicar semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del CBP. Este informe debe remitirse a la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital —antes denominada «de Economía y Competitividad», en la redacción dada por el RDL 6/2012— del Congreso de los Diputados.

Asimismo, corresponde a esta comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable.

Por otro lado, podrá analizar y elevar al Gobierno propuestas relativas a la protección de los deudores hipotecarios.

El apartado referente a la Comisión de Control, publicado en el sitio web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 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, resueltas 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 Asuntos Económicos y Transformación Digital —antes denominado «de Economía y Competitividad», en la redacción dada por el RDL 6/2012—, 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 CNMV; un juez; un secretario judicial; un notario; un representante del Instituto Nacional de Estadística; un representante de la Asociación Hipotecaria Española; uno designado

113 Artículo 6.1 del RDL 6/2012.

114 Consulta 2 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

115 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.

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», en la redacción dada por el RDL 6/2012— que realicen labores de acogida.

9 Moratorias hipotecaria y no hipotecaria COVID-19

Con el objetivo de amortiguar el impacto de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, cuyas consecuencias alcanzaron al ámbito social y económico, el Gobierno de España aprobó a lo largo de 2020 una serie de medidas urgentes, entre las que cabe destacar el establecimiento de una moratoria en el pago de las cuotas hipotecarias y no hipotecarias de los colectivos particularmente vulnerables. Estas medidas han seguido teniendo cierta incidencia en las reclamaciones recibidas durante el año 2021, tal y como indicamos más adelante.

Una de estas moratorias, que operaba por ministerio de la ley, recibió la denominación de «moratoria legal». Asimismo, se estableció la denominada «moratoria sectorial», acogida a lo previsto en los acuerdos sectoriales suscritos por las entidades prestamistas a través de sus asociaciones representativas, y formalizada a través de un acuerdo entre las entidades prestamistas y sus clientes.

Dado el importante impacto de la crisis sobre determinados sectores de actividad, se establecieron también determinadas condiciones para la aplicación de moratorias sobre operaciones relativas a los sectores del turismo y el transporte por carretera.

9.1 Moratoria legal

Mediante el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020), se aprobó la moratoria hipotecaria legal, cuyo ámbito de aplicación, plazo y requisitos fueron posteriormente modificados por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (RDL 11/2020), en virtud del cual, además, se amplió el alcance de la moratoria a los créditos y préstamos no hipotecarios.

La moratoria legal suponía la suspensión temporal de las obligaciones contractuales derivadas de aquellas operaciones bancarias cuyos titulares —personas físicas— se encontraran en una situación de vulnerabilidad económica tras la declaración del estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

Se aplicaba, igualmente, a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores —personas físicas— del deudor principal, quienes debían encontrarse en situación de vulnerabilidad económica en los términos establecidos normativamente. En todo caso, estos podían exigir que el acreedor agotase el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

Según la naturaleza de la operación concreta, que tenía que estar vigente en el momento de entrada en vigor del RDL 8/2020 y del RDL 11/2020, la moratoria legal podía calificarse como hipotecaria o no hipotecaria.

La primera resultaba de aplicación a aquellos préstamos hipotecarios contratados para la adquisición de la vivienda habitual, inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollasen los empresarios y profesionales o viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler y de las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas hubiera dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del estado de alarma, o dejase de percibirla hasta un mes después de la finalización de este.

Por su parte, la moratoria no hipotecaria se aplicaba a todo préstamo o crédito sin garantía hipotecaria, incluyendo los créditos para consumo y los contratos de arrendamiento financiero.

Para solicitar la moratoria legal, tanto la hipotecaria como la no hipotecaria, el potencial beneficiario debía estar en situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Para ello, debían cumplirse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) Que el potencial beneficiario pasase a estar en situación de desempleo o, en caso de ser empresario o profesional, sufriera una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial de su facturación de al menos el 40 %.

b) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no superase, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (IPREM).

   Casos excepcionales:

   El límite de cuatro veces el IPREM, cuando alguno de los miembros de la unidad familiar tuviera declarada una discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacitase acreditadamente, de forma permanente, para realizar una actividad laboral.

El límite de cinco veces el IPREM, cuando el deudor hipotecario fuera 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 reconocida igual o superior al 65 %, así como, en los casos de enfermedad grave, enfermedad que incapacitase acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

Los límites anteriores se incrementarían en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar (0,15 veces el IPREM en el caso de unidad familiar monoparental) o por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.

c) Que el total de las cuotas de los préstamos hipotecarios que pudieran beneficiarse de la moratoria hipotecaria, más los gastos y suministros básicos, resultase superior o igual al 35 % de los ingresos netos que percibiera el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que, a consecuencia de la emergencia sanitaria, la unidad familiar hubiera sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, lo que sucedería cuando el esfuerzo que representase el total de la carga hipotecaria, entendida como la suma de las cuotas hipotecarias de los préstamos sobre la renta familiar, se hubiera multiplicado por al menos 1,3.

Para compatibilizar la moratoria no hipotecaria con la hipotecaria y con la moratoria del alquiler regulada en el RDL 11/2020, se ajustó el régimen de acreditación del cumplimiento de requisitos. Así, se trataba de establecer, por un lado, que no se tuviera en cuenta la aplicación de una posible moratoria hipotecaria o de alquiler, a efectos de calcular si se había alcanzado o no el límite de la carga hipotecaria o la renta arrendaticia del 35 % de los ingresos, garantizando así el tratamiento equitativo de todos los acreedores y arrendadores. Por otro lado, se quería abarcar la casuística de quienes no debían hacer frente a deudas hipotecarias o a una renta arrendaticia, pero sí tenían que afrontar el pago de uno o varios préstamos que les supusieran más de un 35 % de sus ingresos.

De este modo, si la persona física que solicitaba la moratoria no hipotecaria era beneficiaria a su vez de la moratoria hipotecaria, no se tendría en cuenta su aplicación a efectos del cálculo previsto en las letras c) y d) anteriores.

Asimismo, si el potencial beneficiario de la moratoria no hipotecaria no tenía contratado un préstamo hipotecario y, sin embargo, debía hacer frente al pago periódico de una renta por alquiler de su vivienda habitual, o bien de cualquier tipo de financiación sin garantía hipotecaria frente a una entidad financiera, o a ambas

simultáneamente, se preveía la sustitución del importe de la cuota hipotecaria por la suma total de dichos importes, incluyendo la renta por alquiler, aunque sea objeto de moratoria[116], a efectos del cálculo previsto en las letras c) y d) anteriores. La carga hipotecaria sería así el resultado de la suma total de dichos importes. Si el potencial beneficiario tuviera que hacer frente a un único préstamo sin garantía hipotecaria y no tuviera que hacer frente al pago periódico de una renta por alquiler de su vivienda habitual, se tendría en cuenta solo dicho préstamo sin garantía hipotecaria a los efectos anteriores.

Para la acreditación del cumplimiento de los anteriores requisitos, los potenciales beneficiarios de la moratoria debían presentar a su entidad una solicitud acompañada de la siguiente documentación:

a) En caso de que el beneficiario se encontrase en situación legal de desempleo: certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figurase la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

b) En caso de que el beneficiario se encontrase en situación de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia: certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o por el órgano competente de la comunidad autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad realizada por el interesado.

c) Para acreditar el número de personas habitantes de la vivienda: libro de familia o documento acreditativo de pareja de hecho, y certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda y referido al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los 6 meses anteriores. En su caso, declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

d) Para acreditar la titularidad de los bienes: nota simple del servicio de índices del Registro de la Propiedad de todos los miembros de la unidad familiar y escrituras de compraventa de la vivienda habitual, de la vivienda en alquiler o del inmueble afecto a la actividad económica, y de concesión del préstamo o préstamos con garantía hipotecaria en caso de solicitud de una moratoria de la deuda hipotecaria.

e) En caso de solicitar la moratoria de la deuda hipotecaria por el préstamo hipotecario por una vivienda en alquiler, debía aportarse el correspondiente contrato de arrendamiento.

116 Conforme al artículo 3 del RDL 11/2020.

f) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes.

g) En caso de que se solicitase la moratoria no hipotecaria, debía entregarse el correspondiente contrato suscrito con la entidad financiera.

Se estableció que, en el supuesto de que el solicitante de la medida no pudiera aportar alguno de los documentos requeridos en las letras a) a e), pudiese sustituirlo mediante una declaración responsable que incluyese la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impidieran tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y de sus prórrogas, dispondría del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado.

Teniendo como referencia la evolución de la pandemia, los plazos de solicitud de la moratoria legal fueron ampliándose progresivamente, todo ello con el fin de proteger a los titulares en situación de vulnerabilidad. Así, el primer período en el que se pudo solicitar abarcó desde el momento de entrada en vigor de esta medida —el 18 de marzo de 2020[117], en el caso de la moratoria hipotecaria, y el 2 de abril de 2020[118], en el caso de la no hipotecaria— hasta el 29 de septiembre de 2020[119]. Posteriormente, este plazo fue ampliado hasta el 30 de marzo de 2021, con una serie de particularidades, que serán objeto de análisis en el apartado tercero.

Presentada la solicitud junto con la documentación requerida, correspondía a la entidad verificar que la operación objeto de moratoria estaba dentro del ámbito de aplicación de la norma —RDL 8/2020, en el caso de moratoria hipotecaria, y RDL 11/2020, en el caso de no hipotecaria— y que el prestatario —persona física— se encontraba efectivamente en situación de vulnerabilidad económica, al reunir los requisitos indicados anteriormente. En el caso de la moratoria hipotecaria, esta verificación debía realizarse en un plazo de 15 días.

En el supuesto de que el cliente no hubiera podido conseguir, en todo o en parte, la documentación que daba soporte a la solicitud, cabía presumir la veracidad de los datos consignados en la declaración responsable que se presentó.

Verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos, la entidad debía aplicar la moratoria inmediatamente. En todo caso, esta tenía que desplegar sus efectos

117 Fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020.

118 Fecha de entrada en vigor del RDL 11/2020.

119 Conforme a las modificaciones de los artículos 12 del RDL 8/2020 —para la moratoria legal— y 23 del RDL 11/2020 —para la moratoria no hipotecaria—, introducidas por la disposición final 8.2 y la 9.3 del RDL 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

desde el momento en que quedó acreditada la situación de vulnerabilidad, es decir, el momento de aportación de la solicitud junto con la completa documentación. No resultaba necesaria la formalización de un acuerdo entre las partes ni la modificación del contrato de crédito.

La moratoria legal, hipotecaria y no hipotecaria, suponía la suspensión de la deuda durante 3 meses. En este plazo, el acreedor no podía exigir el pago de cuotas, ni de ninguno de los conceptos que las integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente ni en un porcentaje. Tampoco se producía el devengo de intereses, ni ordinarios ni de demora. Los importes que serían exigibles al deudor, de no aplicarse la moratoria, no se considerarían vencidos.

Asimismo, en el caso de la moratoria hipotecaria, y durante el período en el que esta medida estuviera vigente, no resultaría de aplicación la cláusula de vencimiento anticipado del contrato.

Por otro lado, la moratoria provocaba la ampliación de la duración del préstamo en los meses en los que estuviera vigente la suspensión.

La moratoria hipotecaria debía formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendría plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no contase con el consentimiento de estos.

En el caso de moratorias no hipotecarias, si el crédito o préstamo estaba garantizado mediante algún derecho inscribible distinto de la hipoteca o hubiera accedido al Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, sería necesaria la inscripción de la ampliación de plazo que suponía la suspensión.

Se establecían, asimismo, una serie de bonificaciones de los derechos arancelarios notariales y registrales[120] derivados de la formalización e inscripción de estas moratorias y de las novaciones, que, en todo caso, le correspondería asumir a la entidad financiera.

La aprobación de una moratoria legal —hipotecaria y no hipotecaria— no era óbice, sin embargo, para llevar a cabo una novación del contrato de financiación, incluyendo unas condiciones contractuales que fueran más allá de la mera suspensión del cobro de cuotas. En todo caso, además de aquellos aspectos que pactasen las partes, se incorporarían los términos de la moratoria, es decir, la suspensión de las obligaciones contractuales, así como el no devengo de intereses durante la vigencia de dicha suspensión.

120 Conforme al artículo 16 *ter* del RDL 8/2020, para las moratorias hipotecarias, y al artículo 24.6 del RDL 11/2020, para las no hipotecarias.

Cuando la entidad financiera concediese, simultánea o sucesivamente, una moratoria legal y una moratoria convencional —a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe—, el acuerdo de moratoria convencional suscrito con el deudor debía recoger expresamente el reconocimiento de la moratoria legal, suspendiéndose los efectos de la moratoria convencional hasta el momento en que finalizase aquella.

Se establecía que el deudor que se hubiese beneficiado de las medidas de moratoria legal sin reunir los requisitos exigidos para su aplicación, o que, voluntaria y deliberadamente, se hubiera situado o mantenido en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, sería responsable de los daños y perjuicios que se pudiesen producir, así como de todos los gastos generados por su aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que su conducta pudiera dar lugar.

Por otro lado, se imponía a las entidades prestamistas supervisadas por el Banco de España la obligación de remitir cada día hábil a esta autoridad información referida a las moratorias otorgadas el día hábil precedente; en particular, el número de solicitudes de suspensión presentadas por deudores, suspensiones concedidas, número de beneficiaros de la suspensión —desagregados, por un lado, en deudores y avalistas y, por otro, en asalariados y empresarios/profesionales—, préstamos cuyo pago se había suspendido, saldo vivo pendiente de amortización cuyo pago se suspendía, CNAE[121] de la actividad que venía realizando el deudor, y número de préstamos en los que el deudor solicitaba que se documentase la suspensión en escritura notarial.

Debe señalarse, finalmente, que, de acuerdo con los instrumentos normativos vigentes, se consideraba la regulación de la moratoria como normativa de ordenación y disciplina, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSS).

9.2 Moratoria sectorial

El Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social, y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (RDL 19/2020), incorporó la moratoria «sectorial» —también conocida como «convencional»— con el objetivo de favorecer el aplazamiento de los pagos de créditos y préstamos con un alcance aún más amplio que el inicialmente previsto en las moratorias legales y con carácter complementario a estas.

121 Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

La concesión de esta moratoria —sectorial— respondía a la existencia de unos acuerdos sectoriales privados, a los que se habían ido adhiriendo las entidades a través de sus asociaciones representativas —Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC) y Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)—, y que fueron comunicados al Banco de España para su registro y publicación.

Las entidades que aplicasen este régimen especial debían remitir al Banco de España, cada día hábil, datos específicos sobre las moratorias concedidas, en términos similares a los de la comunicación que también debía hacerse respecto de la moratoria legal.

Cabe señalar que esta medida fue promovida por la EBA, que previó un tratamiento contable y prudencial favorable a las operaciones acogidas a tales acuerdos a través de la Guía EBA/GL/2020/02, la cual fue adoptada en el ámbito nacional mediante acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España.

La moratoria sectorial amplió, por su parte, en relación con la suspensión legal, el colectivo de personas beneficiarias de un aplazamiento de sus deudas, permitiendo a quienes se hubieran beneficiado de la moratoria legal prolongar el aplazamiento de la deuda una vez finalizado el período de duración de aquella.

Al igual que la moratoria legal, como se ha señalado, la sectorial podía aplicarse tanto a operaciones hipotecarias como a no hipotecarias, pudiendo así tener por objeto toda clase de préstamos, créditos y arrendamientos financieros.

A diferencia de la moratoria legal, en la que se suspendía el cobro de la cuota comprensiva de amortización del capital y pago de intereses, en la moratoria sectorial la suspensión afectaba solo al cobro de la parte dedicada a amortización de capital, debiendo realizarse, en todo caso, el pago de los intereses correspondientes a cada cuota devengada conforme a las condiciones pactadas en el contrato de financiación original.

No obstante, resultaba posible acordar que el importe de lo aplazado se abonase mediante la redistribución de las cuotas, sin modificación del plazo de vencimiento, o bien mediante la ampliación del plazo de vencimiento en un número de meses equivalente a la duración de la moratoria. En este último caso, el deudor y la entidad financiera podían acordar la prórroga, con las mismas condiciones y prima pactadas inicialmente, del seguro de protección de pagos[122] o de amortización de préstamo[123]

122 A estos efectos, se entenderá por seguro de protección de pagos aquel que cubre la contingencia de desempleo o la incapacidad temporal del deudor asegurado.

123 A estos efectos, se entenderá por seguro de amortización aquel que cubre al deudor ante las contingencias de fallecimiento o invalidez sobre la totalidad o parte del capital del préstamo.

que se hubiera contratado con el préstamo que se novaba por el mismo período en el que se ampliase el vencimiento de este, con el consiguiente adeudo de la prima.

Ahora bien, se estableció que las moratorias no podían servir para modificar el tipo de interés pactado inicialmente en el contrato de préstamo. Tampoco se podían cobrar gastos o comisiones, a no ser que se tratase de un préstamo sin interés y el efecto del gasto o comisión no supusiera un aumento de la TAE acordada en el contrato inicial, o bien se tratase de la prima de la prórroga del contrato de seguro señalado anteriormente. Igualmente, esta moratoria no podía comercializarse junto con cualquier otro producto vinculado o combinado, ni podía requerirse el establecimiento de otras garantías adicionales, personales o reales que no constasen en el contrato original.

Por otro lado, se preveía expresamente la concesión simultánea o sucesiva de una moratoria legal y de otra convencional. En estos casos, el acuerdo de moratoria convencional suscrito con el deudor debía recoger expresamente el reconocimiento de la moratoria legal, suspendiéndose los efectos de la moratoria convencional hasta el momento en el que finalizase aquella.

Adicionalmente, conviene tener en cuenta que, previamente al establecimiento de la moratoria, la entidad concedente debía cumplir una serie de obligaciones de información previa, si bien se estableció un régimen simplificado, al excepcionar la aplicación de determinados artículos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), para la moratoria hipotecaria, y de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC), para la moratoria no hipotecaria, estableciéndose un régimen viable de formalización de las medidas de suspensión en un contexto de movilidad limitada.

La entrega de esta información debía asegurar, en todo caso, la comprensión por parte del deudor del acuerdo alcanzado. Para ello, la entidad prestamista tenía la obligación de trasladar información suficiente sobre las consecuencias jurídicas y económicas del aplazamiento, con o sin ampliación de plazo, del préstamo afectado. Esta información, siendo ciertamente más reducida que la establecida con carácter general en el ámbito de la contratación de crédito inmobiliario (la denominada «FEIN»), constituía una pieza clave que aseguraba la comprensión del alcance y de los efectos de la moratoria por parte del deudor, como mecanismo necesario para una adecuada prestación del consentimiento y aceptación de la moratoria. Junto con ella, la norma preveía el suministro de información sobre la extensión de los seguros, en su caso, durante el tiempo de duración de la moratoria convencional.

Se trataba así de reforzar la seguridad jurídica en este nuevo contexto, cumpliendo los estándares de protección al consumidor establecidos por la normativa europea y asegurando que el deudor recibía, en la fase precontractual, la información oportuna sobre las principales características, riesgos y costes de la operación.

Asimismo, se establecía que el notario que autorizase la escritura debía realizar, además del control de la legalidad ordinario, la comprobación de que la operación cumplía con las condiciones establecidas en el RDL 19/2020 y en el acuerdo sectorial correspondiente.

Tanto la información simplificada como la propuesta de acuerdo para establecer esta moratoria sectorial serían entregadas por la entidad gratuitamente al deudor, en soporte duradero, por cualquier medio, incluidos los telemáticos y los servicios de banca electrónica de la entidad financiera, siempre que permitiesen la acreditación del contenido y de la entrega al deudor.

El acuerdo de moratoria convencional podía ser firmado por el prestatario y, en su caso, los fiadores y avalistas, de manera manuscrita, mediante firma electrónica, por el sistema de otorgamiento del consentimiento que tuvieran fijado contractualmente el deudor y la entidad financiera, o por cualquier otro medio que permitiera obtenerlo válidamente. En todo caso, el medio empleado debía dejar constancia del contenido y de la fecha en la que se prestaba el consentimiento. Para su inscripción en el registro correspondiente, el acuerdo de moratoria debía constar en documento público, cuando, conforme a las reglas generales, resultara exigible.

Se disponía que la inscripción de la moratoria en el correspondiente registro tendría plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no contase con el consentimiento de estos.

Asimismo, se establecía una serie de ventajas respecto a los aranceles notariales —por la elevación a público del acuerdo suscrito— y registrales —por la inscripción en el registro correspondiente—, en los mismos términos que para la moratoria legal.

Se estableció también que los preceptos sobre moratoria regulados por el RDL 19/2020 tenían la consideración de norma de ordenación y disciplina, lo que permitía activar el control de su cumplimiento por parte del Banco de España.

Entrando en el contenido de los acuerdos sectoriales, y sin perjuicio de las especialidades que cada asociación representativa de entidades consideró necesario establecer en ellos y para cuyo análisis se ha de consultar el correspondiente texto aprobado y publicado, con carácter general, los requisitos para acceder a este tipo de moratoria, establecidos en dichos acuerdos, eran distintos a los requeridos para la moratoria legal. En particular:

— En el Acuerdo Sectorial promovido por la AEB, en su Término 3.1, sobre los Beneficiarios del Acuerdo Sectorial, se estableció que serían «[l]os clientes personas físicas, titulares de préstamos concedidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del Estado de Alarma en España, que no tengan operaciones con incumplimientos en el sentido de la

Circular 1/2013 del Banco de España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, verse afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica u otras circunstancias equivalentes».

— En el Acuerdo Sectorial promovido por la CECA, su Término 3.1, sobre los Beneficiarios del Acuerdo Sectorial, dispuso que serían «[l]os clientes personas físicas, que no tengan operaciones con incumplimientos de más de dos recibos o cuotas el 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del Estado de Alarma en España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, verse afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica u otras circunstancias equivalentes».

— En el Acuerdo Sectorial promovido por la UNACC, su Término 3.1, sobre Beneficiarios del Acuerdo Sectorial, señalaba que serían «[l]os clientes personas físicas, titulares de préstamos concedidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del Estado de Alarma en España, que no tengan a dicha fecha, 14 de marzo, operaciones con incumplimientos en el sentido de la Circular 1/2013 del Banco de España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, verse afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica u otras circunstancias equivalentes».

— En el Acuerdo Sectorial promovido por ASNEF, en su Término 3.1, sobre Beneficiarios del Acuerdo Sectorial, se dispuso que serían «[l]os clientes personas físicas, y pymes titulares de préstamos o créditos concedidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, fecha de la declaración del Estado de Alarma en España, que no tengan operaciones con más de dos incumplimientos (deuda vencida e impagada) en el sentido de la Circular 1/2013 del Banco de España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 puedan tener dificultades para atender sus obligaciones de pago».

El plazo de solicitud de esta moratoria sectorial se estableció, en un primer momento, desde la fecha de adopción de los acuerdos sectoriales —abril de 2020, variando el día según el acuerdo sectorial— hasta el 29 de septiembre de 2020. Durante este período, las moratorias sectoriales hipotecarias tendrían una duración de hasta 12 meses, y las no hipotecarias, de hasta 6. En caso de que previamente se hubiera concedido la moratoria legal —que alcanzaba hasta 3 meses—, este plazo de 12 y de 6 meses —hipotecaria y no hipotecaria, respectivamente— sería el máximo que habría de computar por ambas moratorias —legal y sectorial—.

Posteriormente, este plazo de solicitud de moratoria sectorial se amplió hasta el 30 de marzo de 2021, si bien con una serie de particularidades, que serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

Cabe señalar que, con carácter general, en todos los acuerdos sectoriales se estableció que las entidades adheridas se obligaban a dar respuesta a los solicitantes de estas moratorias en un plazo máximo de 30 días desde la fecha de presentación de la solicitud, junto con la documentación que cada entidad estableciese en su sitio web como necesaria para acreditar la condición de beneficiario del acuerdo sectorial. A tales efectos, la entidad adherida podía considerar suficiente una declaración responsable del solicitante o exigir aquellos documentos acreditativos que estimase pertinentes.

Igualmente, se establecían normas especiales respecto a los efectos de la moratoria y sus formas de instrumentalización.

9.3 Ampliación del plazo inicial de solicitud de moratorias

Como se ha venido señalando, el primer plazo de solicitud de moratorias —tanto hipotecarias y no hipotecarias como legales y sectoriales— alcanzó hasta el 29 de septiembre de 2020. Posteriormente, se estableció un nuevo plazo de solicitud, que abarcó hasta el 30 de marzo de 2021, incorporado en virtud del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (RDL 3/2021), y que afectaba tanto a moratorias legales como sectoriales, ya fueran hipotecarias o no hipotecarias.

En realidad, el RDL 3/2021 adaptó a nuestro ordenamiento jurídico la ampliación del plazo de solicitud de moratorias llevada a cabo por la EBA mediante la Directriz EBA/GL/2020/15.

La duración de la moratoria concedida —legal, si se cumplían los requisitos anteriormente estudiados para su adopción, o sectorial, en caso de no cumplirlos— sería, como máximo, de 9 meses.

En este sentido, podían optar a la moratoria aquellos titulares que no la hubieran solicitado previamente, así como quienes hubieran disfrutado de una o de varias moratorias por un plazo total acumulado inferior a 9 meses. Cumplido este plazo de 9 meses en el que estuviera vigente la suspensión de obligaciones, no cabía su ampliación ni la aplicación de otro tipo de moratoria. Así, aplicada la moratoria legal durante 9 meses, no cabía una nueva moratoria —en este caso, sectorial— por otros 9 meses.

Las moratorias concedidas después del 30 de septiembre de 2020 podían tener una duración máxima de 9 meses. No obstante, las moratorias concedidas antes del 30 de septiembre de 2020 podían seguir teniendo una duración superior a los 9 meses, conforme a las condiciones vigentes en el momento de su otorgamiento. Las concedidas entre el 30 de septiembre y la entrada en vigor del RDL 3/2021 —el 4 de febrero de 2021— mantendrían las condiciones y la duración con las que fueron concedidas en su día.

Sea como fuere, procediendo la moratoria legal, ya fuera hipotecaria o no hipotecaria, se amplió el plazo de su duración, que pasó a ser de 9 meses —antes, 3—.

No obstante, si procedía la aplicación de la moratoria sectorial —porque no se reunían los requisitos para la aplicación de la moratoria legal—, el RDL 3/2021 estableció una variación de su duración máxima, que pasó a ser de 9 meses, sin distinguir entre moratoria hipotecaria y no hipotecaria, como sucedía anteriormente. En todo caso, dada la especial naturaleza de esta moratoria, se requería la adopción del correspondiente acuerdo por parte de las asociaciones representativas y la subsiguiente adhesión a él por las entidades que en ellas están representadas. Ahora bien, estableciéndose el plazo referido como un plazo máximo, cabe señalar que, en virtud de los acuerdos sectoriales suscritos por las entidades al amparo de sus asociaciones representativas, se pactó, con carácter general, un plazo máximo de duración de 9 meses para la moratoria sectorial hipotecaria y de 6 para la no hipotecaria[124].

9.4 Moratorias relativas a determinados sectores de actividad: turismo y transporte por carretera

El turismo fue una de las actividades económicas más afectadas por la crisis sanitaria del coronavirus. Con el fin de paliar las dificultades financieras con las que se encontraba este sector de actividad, el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (RDL 25/2020), estableció, entre otras medidas, una moratoria sobre aquellos préstamos hipotecarios que tuvieran como garantía un bien inmueble que se encontrase afecto al desarrollo de una actividad turística en España; en particular, hoteles y alojamientos turísticos similares, así como aquellos otros de corta estancia y agencias de viaje.

A diferencia de los tipos de moratoria analizados anteriormente, esta moratoria se refería de forma exclusiva a operaciones hipotecarias y su beneficiario podía ser tanto una persona física —trabajador autónomo— como jurídica que experimentase

124 https://www.bde.es/bde/es/Home/Noticias/covid-19/acuerdos-marco-sectoriales-para-la-concesion-de-moratorias-convencionales.html.

dificultades financieras como consecuencia de la crisis sanitaria, quedando excluidos aquellos que se encontrasen en concurso de acreedores antes de la declaración del estado de alarma.

A efectos de la aplicación de esta moratoria, se consideraba que existían dificultades financieras ocasionadas por la emergencia sanitaria cuando los deudores hipotecarios hubieran sufrido en el promedio mensual de los meses de marzo a mayo de 2020 una reducción de ingresos o de facturación de, al menos, un 40 % respecto al promedio mensual de los mismos meses de 2019.

Esta moratoria se pudo solicitar desde el 7 de julio de 2020 —fecha de entrada en vigor del RDL 25/2020— hasta las mismas fechas que se establecieron para la moratoria legal y sectorial. Así, en un primer momento, hasta el 29 de septiembre de 2020, para después establecerse un nuevo período de hasta el 30 de marzo de 2021, de acuerdo con el RDL 3/2021.

Su duración alcanzaba hasta 12 meses. En todo caso, no procedía su aplicación cuando el préstamo hubiera sido objeto de una moratoria legal, sectorial o voluntaria o de varias de ellas que alcanzasen conjuntamente los 12 meses.

Mientras duraba esta moratoria, tan solo se abonaban los intereses de la deuda hipotecaria, no amortizándose el capital. En lo que se refiere al importe aplazado —capital no amortizado—, cabía la posibilidad de extender la duración del préstamo el tiempo que duró la moratoria o de redistribuir su importe entre las cuotas restantes sin modificar la fecha pactada de vencimiento.

Asimismo, se bonificaba el pago de los aranceles notariales y del Registro de la Propiedad a los que dieran lugar las operaciones de implementación de esta medida, así como de cualquier tipo de impuesto o gravamen.

Por otro lado, se establecía otro tipo de moratoria para el sector del transporte público de mercancías y discrecional de viajeros en autobús mediante el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (RDL 26/2020).

Esta moratoria consistía en el aplazamiento de los pagos de cuotas de los contratos de préstamo, *leasing* y *renting* que los autónomos y las empresas utilizan para la adquisición de determinados autobuses y vehículos de transporte público de mercancías.

Para la aplicación de esta moratoria se requería que el autónomo o persona jurídica hubiera sufrido, en el promedio mensual de los meses de marzo a mayo de 2020, una reducción de ingresos o de facturación de, al menos, un 40 % respecto al promedio mensual de los mismos meses de 2019.

No resultaría de aplicación esta moratoria si la operación financiera hubiera sido objeto de impago total o parcial de alguna de sus cuotas desde antes del 1 de enero de 2020 y estuviera en mora a fecha de 9 de julio de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 26/2020). Tampoco si se hubiera declarado el concurso del deudor con anterioridad a la declaración del estado de alarma.

Su duración sería de hasta un máximo de 6 meses, siendo los plazos de solicitud iguales a los del resto de las moratorias establecidas.

La suspensión de pago se refería exclusivamente a la parte del principal de las cuotas, de forma que los deudores seguirían pagando la parte correspondiente a los intereses. El importe aplazado podía abonarse mediante la ampliación del plazo de vencimiento en un número de cuotas equivalente a la duración de la moratoria, o bien mediante la redistribución de las cuotas sin modificación del plazo de vencimiento y sin alterar el tipo de interés aplicable.

En línea con los instrumentos normativos señalados, se estableció que las normas reguladoras de estos dos tipos de moratoria tenían la consideración de normas de ordenación y disciplina, conforme al artículo 2 de la LOSS.

9.5 Supuestos analizados

A lo largo de 2021 se han presentado ante el DCE numerosas reclamaciones en las que los clientes mostraban su disconformidad por la actuación de su entidad respecto a la moratoria solicitada, ya fuera por su denegación, por incumplimiento de formalidades o porque existían discrepancias interpretativas de la norma.

En este sentido, durante este ejercicio, las principales controversias analizadas han versado sobre discrepancias en relación con la información proporcionada por la entidad acerca de los efectos de la moratoria, así como sobre la denegación de la solicitud de extensión del plazo de moratoria y la reversión de sus efectos con posterioridad a su concesión, siendo diversos los motivos ofrecidos por las entidades. La actuación de este Departamento ha consistido en verificar que las entidades habían actuado con la diligencia debida en la tramitación de las solicitudes planteadas por sus clientes.

— Así, en aquellos casos en los que el cliente ha manifestado su disconformidad con el hecho de que la entidad no le había informado adecuadamente de la posibilidad de solicitar la medida de suspensión legal, constando en el expediente el otorgamiento, exclusivamente, de la moratoria sectorial, y dado que las condiciones aplicables a la moratoria convencional son más flexibles que las previstas para la legal, este Departamento ha entrado a valorar, a partir de la documentación aportada, si se analizó en primer

lugar la procedencia de conceder la moratoria legal o, en su caso, si el reclamante no reunía los requisitos necesarios para beneficiarse de la suspensión legal referida. A título de ejemplo, en la R-202124018, se emitió un pronunciamiento contrario a la entidad por vulneración de las buenas prácticas, dado que la documentación aportada no reflejaba si informó al cliente de la posibilidad de beneficiarse de la medida legal de suspensión. Tampoco quedó acreditado que, habiendo analizado la entidad la situación de su cliente, no concurrieran las condiciones legalmente establecidas para beneficiarse de tal medida, habiendo procedido a aplicarle directamente la moratoria sectorial.

— Adicionalmente, y en los casos en los que, concedida la moratoria convencional, el cliente pone de manifiesto su discrepancia con la información previa proporcionada por la entidad, se ha analizado el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en el RDL 19/2020. En este sentido, el artículo 7.6 y la Disposición transitoria primera de esta norma impusieron a las entidades ciertas obligaciones de información en relación con la medida de suspensión de naturaleza sectorial. Así, en la R-202021171, se consideró que la entidad habría quebrantado la normativa, toda vez que no quedaba acreditado que se hubiera facilitado al solicitante la información adecuada acerca de las condiciones a las que se sujetaría la moratoria sectorial. En concreto, el DCE estimó que no podía entenderse cumplida la obligación de información con la suscripción y entrega de un documento de formalización de la moratoria sectorial concedida, que modificaba el contrato de préstamo preexistente en lo que se refiere a los plazos de amortización, al no constar que, en virtud de dicho contrato, se hubiera proporcionado la información requerida en la normativa aplicable.

— Por otro lado, respecto de la extensión de los efectos de la moratoria, de conformidad con los instrumentos normativos descritos, se han analizado varios expedientes en los que los clientes manifestaban su desacuerdo con la denegación de ampliación del plazo de la moratoria sectorial, con fundamento en que los artículos 7 y 8 del RDL 3/2021 preveían un plazo máximo de suspensión, con carácter general, de 9 meses. Así, en la R-202127012, la reclamante discrepaba con la decisión de la entidad, que le había denegado la ampliación de la moratoria no hipotecaria sectorial de una tarjeta y de un préstamo sin garantía hipotecaria hasta el plazo máximo de 9 meses previsto en la citada norma. A este respecto, se subrayó que el legislador no había otorgado el carácter de normativa de ordenación y disciplina a los artículos 7 y 8 del RDL 3/2021. Es decir, no se previó la ampliación de las moratorias sectoriales no hipotecarias como un deber inexcusable de las entidades. En efecto, en este caso concreto, el Acuerdo Sectorial promovido por CECA, al que estaba adherida la entidad reclamada, no preveía la posibilidad de que pudiera extenderse el

plazo de suspensión de la moratoria sectorial no hipotecaria hasta el plazo máximo de 9 meses cuando el cliente hubiera disfrutado de una o varias moratorias o suspensiones por un plazo total acumulado inferior. Al contrario, solo recogió dicha extensión para los préstamos o créditos con garantía hipotecaria hasta los 9 meses, sin establecerse una ampliación equivalente para el caso de operaciones sin una garantía de esta naturaleza, como era el caso de la tarjeta y del préstamo de titularidad de la reclamante.

— Además, se han analizado casos en los que, una vez que el cliente se había beneficiado de las condiciones de la moratoria, habiendo finalizado su plazo de duración, la entidad decidía de forma unilateral cancelarla, exigiendo el abono de todos los importes cuyo pago había estado suspendido durante la aplicación de la medida de suspensión. Este fue, por ejemplo, el caso de la R-202128497, en la que la entidad manifestaba que había procedido a anular la moratoria hipotecaria sectorial debido a que la documentación necesaria para su aplicación no había sido firmada por todos los deudores solidarios de la operación. Pues bien, a la luz de la documentación aportada, se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa, dado que había comenzado a aplicar la moratoria sin recabar previamente el consentimiento de todos los intervinientes, y sin haber entregado a su cliente de forma previa la información simplificada, todo ello conforme a la normativa aplicable. Adicionalmente, se estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas, al considerar que una actuación diligente habría pasado, una vez evidenciada la incidencia descrita, por encontrar una solución adecuada a las circunstancias concurrentes.

10 Avales y garantías

10.1 Introducción

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con las figuras del aval, la garantía, la fianza[125] o el afianzamiento[126], fundamentalmente en dos condiciones:

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

126 «Aval», «fianza» y «garantía» son tres términos que reflejan una misma realidad: el negocio jurídico de garantía. Representando «garantía» la denominación más amplia y genérica, «aval» es, por antonomasia, la garantía cambiaria. Se aplica 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 los 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, siendo una de ellas el obligado principal y la otra 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 a las entidades por riesgo que remuneran el servicio de garantía prestado—. Las reclamaciones también están relacionadas, en su mayoría, con el momento en el que se produce la cancelación y el cese de efectos del aval —y, en consecuencia, el cese de la obligación de 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, que consideran que la información recibida en cuanto a la deuda exigida es insuficiente.

10.2 Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología

Las garantías se asientan en la relación jurídica de base garantizada, constituyéndose, así, como un negocio jurídico superpuesto al negocio jurídico principal de carácter 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.

Como criterio clasificatorio que atiende a la mayor o menor extensión de los derechos y facultades del beneficiario, el esquema 2.3 recoge la clasificación que tradicionalmente se viene haciendo de las garantías.

Otro elemento fundamental de la arquitectura jurídica de las garantías, muy relevante para la resolución de las reclamaciones, 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

Esquema 2.3

CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Garantías simples	Aquellas en las que concurren las características típicas (que no esenciales) del negocio jurídico de fianza, a las que, por lo tanto, es aplicable su régimen jurídico básico. Las características más relevantes de las fianzas son los denominados «beneficios del fiador»: — **Beneficio de excusión:** el fiador no puede ser compelido a pagar mientras el obligado principal sea titular de bienes o derechos suficientes para hacer frente a la obligación. — **Beneficio de división:** si concurre una pluralidad de fiadores, la obligación de responder a la deuda se divide entre todos y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer. — **Beneficio de orden** implica que el fiador ha de ser reclamado después de haber sido reclamado el obligado principal.
Garantías solidarias	**Aquellas en las que se excluyen los beneficios del fiador antes explicados: excusión, división y orden.**
Garantías independientes o autónomas	— Su nota distintiva consiste en la inversión de la carga de la prueba que llevan aparejada. Así, es el fiador quien ha de probar el cumplimiento del afianzado para oponerse a la ejecución de la fianza, bastándole a dicho beneficiario 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, encontrándonos en tal caso ante un contrato atípico, en el que el acreedor debe satisfacer la obligación garantizada cuando simplemente se la reclamen.

FUENTE: Banco de España.

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 sucede con las 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[127], o

- plazo de caducidad, de manera tal que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado, quedarían extinguidos los efectos de tal aval.

  En el expediente R-202020417 —resuelto en el ejercicio 2021—, la parte reclamante manifestaba su disconformidad por el cobro de comisiones con motivo de un aval cuya vigencia había expirado en 2009, según establecía su literal. La entidad, por su parte, sostenía que el aval recogía un plazo de garantía y no de caducidad. A la vista del documento, este Departamento consideró la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros, pues la literalidad del texto no permitía deducir claramente si se había pactado un plazo de garantía —señalando, por ejemplo, la necesidad de entregar el original del aval o un documento suscrito por el beneficiario para que la entidad lo cancelase de forma definitiva— o de caducidad —con una referencia a que, una vez llegada dicha fecha, el compromiso quedaría extinguido, y el banco, liberado de todas las responsabilidades contraídas—.

  También puede citarse el expediente de reclamación R-202109739, en el que, habiendo establecido los textos de garantía un plazo de caducidad con fecha cierta, de conformidad con las buenas prácticas, no procedía el devengo de las comisiones trimestrales, cargadas por adelantado en esas fechas en concepto de riesgo—. En este sentido, aunque la póliza contemplaba el cobro de las comisiones por adelantado, condicionaba la obligación de su abono al hecho de que subsistieran los efectos o responsabilidades derivados de la garantía o aval prestado por el banco.

— Establecer, también eventualmente, determinados requisitos para su exigibilidad, relacionados con la acreditación por medios documentales, imponiéndose este deber de acreditación al beneficiario en el momento de reclamar la ejecución de la garantía.

10.3 Problemática habitual y criterios generales para su análisis

A lo largo de diferentes ejercicios, este Departamento ha venido detectando distintas áreas de conflicto, que podemos concretar en las siguientes:

127 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 que, 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».

— La información precontractual y las explicaciones adecuadas que han de facilitarse 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.

Sobre este particular, la Circular del Banco de España 5/2012 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 el 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 los que se contemple la existencia de avalistas en operaciones de préstamo o de crédito, en cuyo caso «estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

— Por otra parte, en los casos en los que las entidades de crédito actúan como emisoras de avales y garantías, la citada Circular del Banco de España 5/2012[128] establece lo siguiente sobre la 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 la extensión de la garantía otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos

128 La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en la norma sexta («Informaciones exigibles»), del capítulo III («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 [...]».

necesarios para poder instar su ejecución. 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 este, 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 este, quedarían extinguidos los efectos de esta.

   [En relación con lo anterior, en el expediente R-202109636, el reclamante manifestó su discrepancia con la actuación de la entidad, que había procedido a la ejecución de un aval sin respetar el clausulado del contrato. Por su parte, la entidad alegó que había recibido un requerimiento de ejecución del beneficiario dentro del período de vigencia del aval. El DCE comprobó que en el texto del aval se establecía, expresamente, una fecha máxima de validez, de manera que, una vez transcurrido el plazo fijado, el aval dejaba de desplegar efectos, debiendo entenderse como caducado. En consecuencia, se emitió un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad, al considerar que no había quedado demostrado que la controvertida ejecución del aval se hubiese producido con carácter previo a que el mismo caducase.]

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.

[Con relación a esta cuestión, en el año 2021 se analizó la reclamación R-202114399. En ella, la parte reclamante solicitó la cancelación de un aval y la devolución de las comisiones por riesgo. En lo que se refiere a la cancelación del aval, de los documentos obrantes en el expediente se desprendía que las partes habían pactado un plazo de garantía, lo que implicaba que, nacidas las obligaciones durante el plazo de vigencia del aval, su cumplimiento podía exigirse una vez finalizado, durante el plazo general de prescripción correspondiente a las obligaciones de carácter personal. Ahora bien, respecto de las comisiones adeudadas, el DCE pudo comprobar que el importe de las comisiones y gastos vinculados al aval otorgado se había ido incrementando a lo largo del tiempo. En consecuencia, se concluyó que la entidad había vulnerado los criterios de buenas prácticas, al no acreditar que hubiera cursado, de acuerdo con lo pactado, la correspondiente comunicación a la parte reclamante, informando de la modificación de las condiciones pactadas.]

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.»

Como otra fuente de conflicto pueden identificarse aquellas controversias relacionadas con la oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afecta a su calificación, a la identificación del régimen legal aplicable —en el caso de garantías reguladas por leyes especiales—, 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. Así:

— En lo que se refiere a la claridad exigible a las entidades, se han planteado varias reclamaciones referidas a la información facilitada a los garantes durante la vida del aval.

— En otros supuestos, 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. En estos casos, este Departamento ha manifestado que la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en tanto que afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca dentro de la política comercial y de asunción de riesgos de las entidades de crédito, por lo que su fiscalización excede el ámbito de nuestras competencias.

— Por otro lado, se han planteado numerosas controversias relacionadas con 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 reconocidas al DCE, 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 las obligaciones del avalista y beneficiario y, por consiguiente, los presupuestos necesarios para la ejecución de la garantía, sí se han emitido pronunciamientos contrarios a las entidades de crédito cuando se ha verificado la exigencia por parte de ellas de requisitos no contenidos ni explicitados en los documentos de aval, tales como 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 que, 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 el DCE, se haya acreditado la existencia de motivos susceptibles de justificar tal negativa.

— Nos referimos por último a los supuestos en los que se pretende la cancelación de una garantía que no ha llegado a ser ejecutada o, más precisamente, se solicita que, a resultas de dicha cancelación, la entidad emisora del aval cese en el cargo de comisiones por riesgo.

  En definitiva, toda vez que el fundamento del adeudo de una comisión es la prestación efectiva de un servicio, en el supuesto de que todavía subsista

riesgo para la entidad de crédito avalista tras la finalización del plazo del aval —es decir, cuando su plazo se configure como 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 o 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 otro lado, la devolución del original del documento de fianza o aval viene considerándose exigible cuando tal devolución se pacta expresamente como requisito para la cancelación de la póliza de contragarantía usual y para el cese de la percepción por la entidad fiadora de la comisión periódica por la prestación de la fianza. Ello 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. No obstante, se considera buena praxis que las entidades renuncien 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 redacción clara de las cláusulas que regulen la duración del afianzamiento prestado, así como de las características de este, especificando claramente, además, los criterios de devengo de la comisión por riesgo de los avales y las circunstancias que determinen cuándo se dejará de percibir esta retribución.

10.4 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, que resultó derogada con efectos el 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 al 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 en 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 38/1999, 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, incrementadas 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 fijado, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades, pudiendo reclamarse al avalista la devolución si el promotor no procede a la misma en el plazo de 30 días.

— Si la reclamación previa al promotor no es posible, se puede reclamar directamente al avalista.

— Si transcurren dos años desde el incumplimiento, por parte del promotor, de la obligación garantizada sin que se haya requerido por el adquirente la rescisión del contrato y la 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.

— 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 la general como la autonómica.

En el expediente R-202103554 la parte reclamante manifestó que había realizado un ingreso en la cuenta facilitada por la promotora en el contrato de compraventa de vivienda a los efectos de reservar uno de los inmuebles que esta promocionaba. Entendía la parte reclamante que la promotora no había cumplido la obligación de entregar la vivienda en el plazo estipulado, por lo que solicitaba el reintegro de las cantidades entregadas a cuenta. En este sentido, consideraba que la entidad reclamada, en su condición de depositaria de la cuenta, debía responder con carácter subsidiario sobre el pago de dichas cantidades, en la medida en que debía de haber exigido a la promotora la apertura de una cuenta especial.

A la fecha en que la parte reclamante había firmado el contrato de compraventa, la materia había pasado a ser regulada por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, titulada «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», por lo que este Departamento tuvo que abstenerse de emitir un pronunciamiento al respecto, al no tener atribuidas competencias para interpretar o aplicar la legislación de protección de consumidores, ni para calificar infracciones en materia de consumo o sancionar en dicho ámbito.

11 Expedientes de testamentaría

El fallecimiento de un cliente de una entidad de crédito da lugar a una problemática específica que es objeto de numerosas reclamaciones cada año. Al margen de la amplia variedad de cuestiones tratadas en este marco, los expedientes analizados pueden agruparse, a efectos de sistematización, en dos áreas de conflicto diferenciadas:

— Tramitación de los expedientes de testamentaría.

— Aquellas incidencias que, al margen de los expedientes antes referidos, pueden surgir en relación con los productos del causante cuando la herencia se encuentra todavía indivisa, es decir, pendiente de adjudicación —a título de ejemplo, podemos citar las operaciones de disposición de saldo realizadas por terceros en las cuentas del titular fallecido—.

11.1 Procesos sucesorios

Tras el fallecimiento, se abre el proceso de sucesión hereditaria mediante el cual los herederos y/o legatarios adquieren *mortis causa* el patrimonio yacente de un

fallecido. Dicho de otra manera, tras seguir los trámites legales, se produce un tránsito del patrimonio del causante a sus sucesores.

Este proceso sucesorio se compone de distintas fases, dentro de las cuales todos los intervinientes en el proceso (herederos, legatarios, usufructuarios, etc.) tienen unos derechos y unas obligaciones. El esquema 2.4 resume las distintas fases del mencionado proceso.

Desde el punto de vista bancario, una vez producido el óbito de un cliente, la entidad de crédito, a instancia de los herederos, pone en marcha un proceso, comúnmente denominado en el ámbito bancario «de testamentaría». Dicho proceso se sigue ante las distintas entidades en las que el difunto tenía sus posiciones bancarias[129] (bienes o deudas) a fin de proceder al traspaso de los bienes y/o sus titularidades a los herederos.

Por otro lado, respecto a la tramitación de los expedientes de testamentaría, conviene recordar que en España las normas de derecho sucesorio común contenidas en el Código Civil[130] coexisten con las de las comunidades autónomas o territorios de estas, en alguna de las cuales rige el derecho foral o especial. Por este motivo, 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 civil[131]. La antedicha normativa ha de ser tenida en cuenta tanto por la entidad a la hora de tramitar la testamentaría como por este Departamento en el momento de analizar su actuación en relación con los hechos reclamados.

A escala comunitaria, por su parte, debemos citar 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 y que facilita a los ciudadanos de los Estados miembros (excepto Dinamarca, Irlanda y 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, recoge el Certificado Sucesorio Europeo (CSE), que encuentra

129 En 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. En el Banco de España no existe registro de las cuentas o de los productos bancarios que los clientes mantienen con las entidades de crédito.

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

131 Véanse los artículos 13-16 del Código Civil.

Esquema 2.4

HITOS DEL PROCESO DE TESTAMENTARÍA

Fallecimiento del causante y apertura de la sucesión

La apertura de la sucesión se produce con el fallecimiento del causante, 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»

Desde el momento en el que se produce el fallecimiento se genera un derecho de información sobre las posiciones del causante. En este punto, se desarrollan criterios referentes a:

- Quién ostenta la legitimación para solicitar información
- Qué documentación se necesita para acreditar la condición de heredero
- El alcance del derecho a la información del heredero
- Las comisiones que pueden cobrarse por la entrega de información a herederos

Vocación y delación

La vocación de la herencia es el llamamiento general a aquellos que tienen derecho a suceder, es decir, el llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados

La delación es el ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar al *ius delationis,* esto es, el derecho a aceptarla o repudiarla

Aceptación

Mediante la aceptación de la herencia, los llamados a suceder adquieren definitivamente la condición de herederos

En la práctica, la aceptación de la herencia se produce en el mismo acto de la partición y adjudicación de la herencia. Sin embargo, en ocasiones es necesario analizar determinadas cuestiones relativas a la aceptación —como, por ejemplo, cómo proceder cuando se solicita la disposición de fondos sin la concurrencia de uno de los herederos, o aclarar que la liquidación del impuesto sobre sucesiones no es un acto de aceptación de la herencia—

Partición y adjudicación de la herencia

La partición comprende la realización de las operaciones encaminadas a determinar el caudal partible, siendo estas el inventario, el avalúo y la liquidación, para continuar con la división y la adjudicación

En el apartado referente a la partición y adjudicación de bienes se exponen los criterios aplicados para resolver reclamaciones en las que se ha tenido en consideración:

- Si la partición que da origen al conflicto es testamentaria, convencional o judicial
- El contenido del documento particional y si ha resultado necesario realizar un documento de adición de bienes
- Si ha tenido lugar alguna incidencia relevante, como pudiera ser la revocación del documento particional

Efectiva disposición de los fondos

De conformidad con el Código Civil, el proceso sucesorio finaliza con la partición y adjudicación de la herencia, si bien el proceso de testamentaría ante las entidades de crédito requiere, además de lo anterior, de la justificación de liquidación del impuesto de sucesiones

En la práctica se generan diversas dudas e incidencias, sobre la base de cuyo análisis se elaboran criterios de buena práctica al respecto de la forma de disposición (debe ofrecerse al menos un modo efectivo y gratuito para disponer de los fondos). No ha lugar el cobro de la comisión por tramitación de la testamentaría cuando la entidad realiza un mero bastanteo de documentación, lo que incluye la revisión de aquella documentación adicional propuesta por la propia entidad para facilitar sus procesos internos

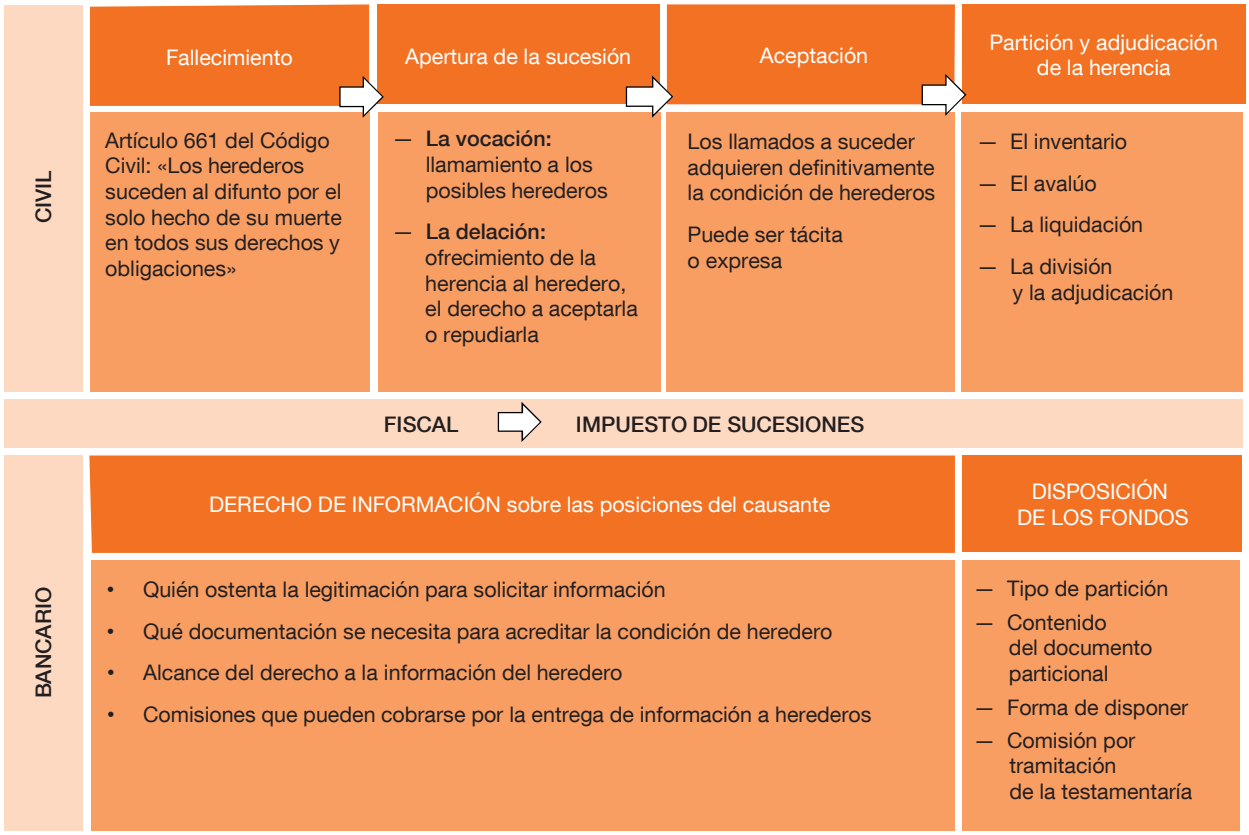
FUENTE: Banco de España.

su regulación en el capítulo VI del citado reglamento, artículos 62-73. Este documento, expedido por la autoridad que tramita la sucesión, puede ser utilizado por los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios y administradores de la herencia para probar su condición y ejercer sus derechos o facultades en otros Estados miembros. Una vez expedido, el CSE debe ser reconocido en todos los Estados miembros, sin necesidad de ulterior trámite.

A modo de ejemplo de la aplicación del citado reglamento en las reclamaciones surgidas en este ejercicio, podemos citar:

Esquema 2.5

PROCESO DE TESTAMENTARÍA



FUENTE: Banco de España.

1 En el expediente de reclamación R-202109225, la reclamante mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a hacerle entrega de los fondos de la herencia. En concreto, explicaba que había entregado a la entidad el acta notarial de publicación y depósito de testamento ológrafo. Exponía que el citado documento emitido por un notario en Italia tiene ejecución inmediata en dicho país según el artículo 620 del Código Civil italiano y, en consecuencia, en España, según lo establecido en el artículo 59.1 del Reglamento (UE) n.° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, según el cual «los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido», por lo que dicho documento de publicación y depósito de testamento ológrafo debe ser aceptado por la entidad bancaria como acreditación de la condición de heredero.

Sin embargo, la entidad requería el CSE —traducido al castellano— para acreditar la condición de heredero, así como el documento de aceptación de la herencia.

Frente a ello, la parte reclamante sostenía que la entidad no estaba aplicando adecuadamente el Reglamento, pues, según el artículo 62.2, «la utilización del certificado no será obligatoria», y añadía que, en el caso de presentación del CSE, no era necesario presentar ningún otro documento que acreditase el contenido de dicho certificado [art. 69.1 del Reglamento (UE) 650/2012].

Respecto de la aceptación de la herencia, manifestaba que en Italia no se realiza este trámite en los casos de sucesiones testamentarias, por lo que prácticamente la entidad solicitaba un documento inexistente.

Finalmente, la entidad se allanó a la pretensión de la reclamante sobre este particular.

2 En el expediente R-202108985, la reclamante denunciaba que la entidad no permitía la disposición de los fondos de las cuentas titularidad del causante con fundamento, entre otras cuestiones, en que no se había aportado apostilla del testamento otorgado en los Países Bajos.

La entidad defendía que la formalización de tal gestión era imprescindible, aunque se aportase la traducción jurada de este. La reclamante, por su parte, sostenía que la apostilla no es necesaria desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1191, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la UE y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012. El citado reglamento establece que determinados documentos públicos deberán ser aceptados como auténticos por las autoridades de otro país de la UE sin necesidad de un sello de autenticidad o apostilla. Dichos documentos públicos se corresponden, a título de ejemplo, con una partida de nacimiento, un acta de matrimonio o un certificado de defunción, y con sus copias certificadas expedidas por las autoridades de un país de la UE.

No obstante, en este caso la controversia estaba relacionada con la exigencia de apostilla en el título sucesorio.

Así, este Departamento resolvió que resultaba de aplicación el Reglamento (UE) 650/2012, al tratarse de una disposición *mortis causa* en los términos del artículo 3.1.d) del Reglamento. En concreto, el título de la sucesión era un testamento otorgado en territorio de los Países Bajos, encontrándose

la sucesión sujeta al derecho de este país de acuerdo con lo establecido en el ya citado reglamento, ya que constaba acreditado en el expediente que la residencia habitual del causante se encontraba en dicho país.

Además, respecto de la necesidad de apostilla del testamento, el DCE concluyó que, en aplicación del artículo 74 de la misma norma, este resultaba eficaz sin necesidad de legalización.

3 En el expediente R-202108509, la parte reclamante solicitaba igualmente el reparto de los fondos entre los herederos, manifestando la entidad que resultaba necesaria la aportación de la declaración de herederos abintestato.

En este sentido, la parte reclamante argumentaba que el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012 establece que la competencia para la expedición de certificados sucesorios recae en el país donde el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 4 del RSE), resultando que la causante tenía su residencia en Francia.

Frente a ello, la entidad sostenía que no resultaba de aplicación el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, al haberse producido el fallecimiento en el año 2011 y, por lo tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de este, mientras que la reclamante afirmaba que la entidad no estaba teniendo en cuenta las disposiciones transitorias del artículo 83 del citado reglamento, defendiendo la ley francesa como ley aplicable a la sucesión; en consecuencia, no resultaba necesario el documento de declaración de herederos abintestato, pues en dicha legislación no es necesario.

Fijada así la controversia, este Departamento comenzó exponiendo que el Reglamento parte del principio de irretroactividad, por lo que resulta aplicable únicamente a las sucesiones de las personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015 (art. 83.1); no obstante, establece un régimen transitorio respecto a: i) la elección de la ley aplicable a la sucesión (art. 83.2), y ii) a la validez de las disposiciones *mortis causa* realizadas con anterioridad a la citada fecha (arts. 83.3 y 83.4).

O, lo que es lo mismo, el Reglamento habilita dos *professio iuris* (elección de ley): la primera, que es general y determina la ley aplicable a la sucesión, y la segunda, que es limitada, en cuanto a que solo afectaría a la admisibilidad y validez material de una disposición *mortis causa* (testamento o pacto sucesorio).

En este caso, puesto que no había testamento o pacto sucesorio, los apartados referentes a las disposiciones *mortis causa* no resultan aplicables, quedando pendiente únicamente el análisis de la elección de la ley aplicable (apartado 2).

Llegados a este punto, el DCE resolvió que no procedía acoger las alegaciones de la parte reclamante, y ello sobre la base de los siguientes argumentos:

1 El Tribunal Supremo[132] ha establecido, en interpretación del Reglamento, que la elección de ley hecha por el causante antes del 17 de agosto de 2015 (incluso antes del 17 de agosto de 2012) será válida siempre y cuando el fallecimiento haya ocurrido a partir del 17 de agosto de 2015. En este caso, la causante había fallecido en el año 2011.

2 Además, para que se produzca una *professio iuris* o elección de ley, de conformidad con el considerando 39 del citado reglamento, esta debe elegirse precisamente mediante una disposición *mortis causa,* resultando que en este caso la sucesión era intestada.

En consecuencia, el DCE concluyó que, no siendo aplicable el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012 ni su disposición transitoria, resultaba de aplicación el artículo 9.8 del Código Civil, y, en consecuencia, la ley aplicable a la sucesión era la ley nacional del causante —no la de residencia—, en este caso la ley española, siendo requisito en nuestra legislación la elaboración de declaración de herederos abintestato en ausencia de testamento, por lo que no procedía acoger las alegaciones de la parte reclamante.

11.1.1 Deber de diligencia

Con independencia de la fase del proceso de sucesión hereditaria en la que se encuentren los herederos, se debe partir de la premisa de que 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 produzcan 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.

Asimismo, ante este Departamento se han planteado casos 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, el DCE ha aclarado que solo se inicia el expediente cuando los herederos suscriben el pertinente documento de solicitud de tramitación de la testamentaría.

132 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2019.

11.1.2 Derecho de información sobre las posiciones del causante

Legitimidad para solicitar información

Desde la primera fase de la sucesión, esto es, tras el fallecimiento del titular y estando la herencia indivisa, los llamados a ser herederos tienen derecho a conocer las posiciones del causante.

De conformidad con la normativa de transparencia, los legitimados para acceder a la información de las posiciones del causante son los herederos. El DCE ha establecido, a lo largo de sus memorias anuales, diversos criterios que desarrollan este derecho de información de los herederos, entre los que cabe destacar los siguientes:

— El hecho de que la información ya haya sido proporcionada por la entidad a un heredero no obsta para que esta pueda ser solicitada y entregada a cualquier otro heredero que, igualmente, haya acreditado su condición.

— Asimismo, el DCE ha señalado que no se puede condicionar la entrega de información a un heredero a que la solicitud de información esté refrendada por todos los herederos.

— En 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—, el acceso a la información debe realizarse a través de sus representantes legales.

En este sentido, los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y deben actuar a través de sus representantes legales, que, por regla general, serán los padres o progenitores (quienes, en principio, ostentan la patria potestad).

Por otro lado, respecto de la legitimidad para el acceso a la información, se ha planteado la cuestión particular de si, en aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos —RGPD—) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), las entidades se encontraban habilitadas para proporcionar información, con carácter general, no solo a los herederos, sino también a los «familiares del fallecido».

Pues bien, en relación con esta cuestión y con los datos de personas fallecidas, el considerando 27 del RGPD dispone que «[e]l presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas», sin perjuicio de que añade a continuación que «[l]os Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas». En el ejercicio de dicha habilitación, el artículo 3 de la LOPDGDD ha dispuesto que «[l]as personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión, salvo cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley».

No obstante lo anterior, el artículo 12.5 de la LOPDGDD dispone, respecto al ejercicio de los derechos previstos en el RGPD (entre los que se encuentra el derecho de acceso, ya sea ejercido por el propio interesado o, en caso de fallecimiento, por las personas indicadas en el precepto anterior), que, «cuando las leyes aplicables a determinados tratamientos establezcan un régimen especial que afecte al ejercicio de los derechos previstos en el capítulo III del Reglamento (UE) 2016/679, se estará a lo dispuesto en aquellas».

En este sentido, si bien es cierto que el régimen jurídico sectorial que regula el acceso a información bancaria sobre fallecidos se contiene en normas que no tienen rango de ley (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012), dichas normas se derivan de un mandato legal contenido en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, posteriormente derogado por el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC).

Por consiguiente, el DCE entiende que, en aplicación del principio de especialidad[133] que se deduce del citado artículo 12.5 de la LOPDGDD, debe primar el régimen especial de derechos y obligaciones en materia de transparencia bancaria referido en la LOSSEC y desarrollado en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012, conteniendo dicha normativa preceptos específicos referidos a las entidades supervisadas, por lo que el derecho de acceso a la información de las posiciones del causante se debe entender circunscrito a sus herederos.

Acreditación de la condición de heredero

Sin perjuicio de que los herederos tengan un derecho de información de las posiciones del causante desde el fallecimiento del titular, en aras de la diligencia

133 Así lo ha manifestado la Agencia Vasca de Protección de Datos en su Dictamen n.º D19-008, por el que dispone que, en aplicación del citado principio de especialidad, el régimen jurídico aplicable al acceso a la historia clínica de fallecidos no debe ser el previsto en la LOPDGDD, sino el previsto en su normativa sectorial (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente).

que les es exigible, para facilitar dicha información, las entidades deben asegurarse de que quienes acuden a ellas solicitando información ostentan efectivamente la condición de herederos.

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, a fin de acreditar el hecho del fallecimiento.

— El certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, siendo este el registro público en el que se inscriben los testamentos, de forma que certifica que el testamento aportado es el último válido otorgado por el causante —en el caso de que la sucesión sea testada—, o bien la ausencia de testamento —en el caso de sucesiones intestadas—.

— Copia autorizada del último testamento o, en su defecto —cuando el causante ha fallecido sin testar—, la declaración de herederos abintestato[134], a lo que cabe añadir el CSE —de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo—. Además, en el caso de la declaración de herederos abintestato, hay que señalar que el documento que se presente a las entidades debe incorporar el acta de conclusión de la declaración de herederos abintestato[135].

En definitiva, para acreditar la condición de heredero es necesario un título sucesorio. Dicho título sucesorio resulta exigible aun en los casos en los que nos encontremos con un único heredero.

Por el contrario, en los casos en los que las entidades han exigido la aceptación de la herencia con carácter previo a atender la solicitud de información, este Departamento ha indicado que, dado que la aceptación de la herencia conlleva la asunción por los herederos de los derechos y 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 la fecha del fallecimiento, sino también aquella otra información y aquella documentación

134 Una sucesión abintestato es aquella en la que el fallecido no ha realizado testamento. De esta forma, los herederos denominados «forzosos» por el Código Civil deben promover la declaración de herederos abintestato ante notario.

135 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 que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del Notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización.»

que les permitan conocer el caudal relicto, los derechos y las obligaciones que asumirían en caso de aceptar la herencia. Es procedente y legítimo, por tanto, el acceso a dicha información por parte de los herederos con carácter previo 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 de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros.

Lo anteriormente expuesto se refiere a la documentación básica que los herederos deben aportar para acreditar su condición de herederos (certificado de defunción, certificado del Registro de Actos de Última Voluntad y copia autorizada del último testamento, declaración de herederos abintestato o CSE). No obstante, puede suceder que la herencia en cuestión presente ciertas peculiaridades que hagan necesaria la aportación de documentación adicional, que debe ser analizada caso por caso, en atención a la legislación vigente y a la jurisprudencia emitida sobre estas cuestiones.

Así, por ejemplo, en ocasiones se presentan ante el DCE supuestos en los que alguno de los instituidos herederos en el testamento del causante ha fallecido con anterioridad al propio causante. En estos casos de premoriencia de un heredero, y tras dejar constancia de que el testamento prevé expresamente que todos los herederos serán sustituidos vulgarmente[136] por sus respectivos descendientes y, en su defecto, con derecho de acrecer entre ellos, cabe señalar que las distintas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[137] 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 caso de existir descendientes, 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública señalan que los sustitutos vulgares están directamente llamados a la herencia, por lo que, una vez justificada la premoriencia del heredero y el nacimiento de los descendientes sustitutos —mediante los certificados de defunción y nacimiento, respectivamente—,

136 La sustitución vulgar ha sido definida por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 22 de octubre de 2004, como «la disposición testamentaria donde el testador nombra a un segundo o ulterior heredero (o legatario) en previsión de que el anterior heredero instituido (o legatario llamado) no llegue efectivamente a serlo, por no poder o no querer».

137 Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de enero de 2016.

no resulta necesario probar el hecho negativo de la inexistencia de otros descendientes mediante acta de notoriedad, testamento o acta de declaración de herederos, pues supondría imponer 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 Departamento, apoyándose en el razonamiento descrito, considera que habría de estarse a la existencia o no de descendientes de los herederos premuertos, de forma que aquellos con descendencia deben acreditar que son sucesores mediante el certificado de defunción, así como su filiación como descendientes de estos, mientras que, en el caso de un heredero premuerto sin descendencia, resultaría necesario, para justificar el derecho a acrecer de los demás herederos, que estos aportaran acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos abintestato.

Otro de los supuestos que se pueden presentar y que ha sido objeto de análisis por parte del DCE es el caso de posmoriencia (R-202108600 y R-202101853). Estos son los supuestos en los que un heredero fallece con posterioridad al causante y sin haber aceptado la herencia de este. Aquí nos encontramos ante el llamado «derecho de transmisión» o *ius transmissionis* que contempla el artículo 1006 del Código Civil, según el cual, «por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

Este derecho de transmisión ha sido profundamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia a fin de establecer su naturaleza y efectos. Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2019 —que a su vez se remite a la sentencia de fecha 5 de junio de 2018—, según la cual no puede olvidarse que la condición de heredero requiere que se acepte —expresa o tácitamente— la herencia, por lo que, si el transmitente fallece tras la defunción del causante, pero antes de aceptar o repudiar su herencia, en virtud del artículo 1006 del Código Civil, transmitirá a sus herederos el *ius delationis* o el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante.

Ahora bien, como establece la citada sentencia, para poder ejercitar el derecho de transmisión debe aceptarse primeramente la herencia del transmitente.

Como consecuencia de lo anterior, este Departamento entiende que, cuando nos encontremos ante estas situaciones, debe acreditarse la aceptación de herencia del segundo causante —fallecido antes de aceptar la herencia del primer causante— para poder acceder a la información de los fondos del primer fallecido.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento que han de seguir las entidades para recabar la acreditación de la condición de heredero, el DCE 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 entre oficinas de la cualidad de heredero de un difunto cliente ya acreditada.

Este criterio ha resultado de aplicación en el expediente R-202128703, en el que la parte reclamante pretendía acreditar inicialmente su condición de heredero a fin de acceder a la información en una oficina distinta a la habitual. En este caso, este Departamento ha matizado que, si bien no se entiende ajustado a las buenas prácticas la reiteración de la citada acreditación en otras oficinas, resulta comprensible que la sucursal habitual realice el alegado control inicial de la documentación de la herencia.

Alcance del derecho a la información del 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 DCE 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 sobre 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 Departamento concretan los deberes de información de las entidades de crédito para con los herederos de la siguiente manera:

— La normativa de transparencia y protección de la clientela[138] establece que las entidades deben facilitar a los herederos, sin dilación injustificada, tanto el certificado de posiciones del causante a la fecha del fallecimiento

138 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.»

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 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 DCE ha matizado lo siguiente:

— Las solicitudes de información han de concretarse, sin que sea admisible que 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 caso de solicitar extractos más allá del año anterior al fallecimiento, la entidad, al amparo de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas, no se encuentra obligada 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 en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares sobrevivientes y terceros—.

En relación con este criterio, este Departamento ha considerado necesaria cierta precisión en los casos en los que el cotitular de la cuenta denuncia que la entidad ha proporcionado información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento a los herederos del otro cotitular sin su consentimiento. En estos casos, el DCE sostiene que la citada información solo puede denegarse en caso de que, al tiempo de la solicitud, existiera la oposición expresa del cotitular o cotitulares, lo que no significa que las entidades tengan la obligación de recabar el visto bueno de dichos cotitulares con carácter previo a acceder a tal solicitud.

Además de lo anterior, en los supuestos en los que uno de los herederos solicita un mayor detalle de ciertos movimientos efectuados, debemos diferenciar si tal detalle se refiere a movimientos anteriores al fallecimiento o posteriores a este.

— Así, respecto de los movimientos anteriores al óbito, el DCE viene sosteniendo que la exigencia del detalle en cuanto a ordenante, beneficiario, etc., supone una solicitud desproporcionada en tanto en cuanto el derecho de los herederos al acceso a la información no puede dar lugar a la realización de una auditoría de los movimientos del causante.

— Mientras que, cuando se refieren a detalles de movimientos, posteriores al fallecimiento, de una cuenta en la que el causante era el único titular, entiende el DCE que la entidad, ante la expresa solicitud de un heredero, debe facilitar la información en los mismos términos en los que se le facilitaría al titular de la cuenta. Esto es así porque tanto la doctrina como la jurisprudencia[139] definen la comunidad hereditaria como una comunidad de bienes germánica, de forma que, hasta que se produzca la partición, los herederos son cotitulares de los fondos, sin corresponderles una participación individualizada.

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 con las cuentas de una sociedad de la que su causante era socio.

A este respecto, este Departamento 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

139 La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004, entre otras, dice que «la comunidad hereditaria no da lugar a la copropiedad de cada uno de los bienes, sino que estos forman parte de la misma, teniendo sus miembros unos derechos indeterminados, siendo por tanto una comunidad de naturaleza germánica, al margen de la regulación de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, que contempla la comunidad romana *pro indiviso,* con distinción de cuotas y esencial divisibilidad».

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.

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 de la clientela (y, en concreto, el art. 7 de la Orden EHA/2899/2011, «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 aquel, siempre que este lo solicite. Dicha obligación, por lo que ahora nos ocupa, y en opinión del DCE, se hace extensiva a los herederos, tras el fallecimiento del titular de los contratos y a su requerimiento.

De la misma forma, las entidades deben atender las peticiones de información realizadas por los herederos relativas a la modificación y extinción contractual —como es el caso de las cancelaciones de cuenta— que sucedan con posterioridad al fallecimiento.

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), de garantía (contratos de aval) o de servicios de pago. 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 notarial[140].

11.1.3 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.

---

140 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, tienen 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.»

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 DCE 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 [art. 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 habría lugar al cobro de importe alguno por su emisión.

Movimientos posteriores al fallecimiento

De la misma forma, el DCE 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, que indica que las entidades deben facilitar información sobre la situación patrimonial del causante al tiempo del fallecimiento y con posterioridad a él.

Así, en el expediente R-202125688 el DCE apreció en la actuación de la entidad un posible quebrantamiento de las normas de transparencia y protección de la clientela, (apartado 4.a) de la norma quinta de la Circular 5/2012, al haber cobrado una comisión por facilitar a una heredera los movimientos posteriores al fallecimiento de la causante.

Movimientos anteriores al fallecimiento

Respecto de las solicitudes de información sobre los movimientos acaecidos en la cuenta corriente con anterioridad a la fecha del 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 DCE 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 a la entidad desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este Departamento 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 —siempre y cuando la referida comisión sea debidamente informada y aceptada, con carácter previo, por el peticionario de la información—; esto con independencia de considerar que entregar dicha información sin coste alguno constituye una muy buena práctica bancaria.

11.1.4 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 Departamento ha tenido conocimiento es la derivada del 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, lo que les genera confusión, máxime cuando el importe repercutido les parece excesivo, atendiendo a la mera petición de emisión de un certificado.

En estos casos, el DCE ha señalado que la obtención del certificado de posiciones del causante y su consiguiente emisión por la entidad no deben condicionarse en modo alguno a que los herederos, en ese mismo momento o en otro posterior, efectúen 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; así, estos decidirán 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.

11.1.5 Aceptación de la herencia

Producido el fallecimiento y la vocación y delación de los llamados a la herencia, llega la fase de la aceptación.

La aceptación de la herencia es una declaración en virtud de la cual el sucesor manifiesta su deseo de convertirse en heredero del fallecido, y puede 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 tácita[141] (esto es, cuando la aceptación se sobreentiende por la realización de aquellos actos destinados a tomar posesión de los bienes por los llamados a la herencia).

En esta fase del proceso de sucesión, en ocasiones, ha sido objeto de discrepancia entre los herederos y las entidades 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 Departamento ha manifestado 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; así, su actuación obedecería 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.

También en relación con la aceptación de la herencia, el DCE ha informado a los reclamantes, en los casos en los que solicitan la disposición de fondos sin la concurrencia de uno de los herederos, alegando la falta de relación con otros herederos implicados (R-202100983), que, de conformidad con el artículo 1005 del Código Civil —modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria— , 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 manifiesta su voluntad en plazo, se entenderá aceptada aquella pura y simplemente.

---

141 La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1992 indica que «[l]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».

11.1.6 Partición y adjudicación de bienes

Además de la aceptación, en el proceso de tramitación de la testamentaría se requiere la partición y adjudicación de la herencia. Así, la comunidad hereditaria es la situación jurídica que se produce desde el momento en que la herencia es aceptada por varios herederos hasta su partición, siendo el objeto de la partición la extinción de la comunidad hereditaria. De esta forma, mediante la partición se disuelve la comunidad hereditaria, sustituyéndose el derecho hereditario de cada coheredero por titularidades concretas.

Sobre este particular, cabe señalar que la partición comprende la realización de las operaciones que van encaminadas a determinar el caudal partible, siendo estas el inventario, el avalúo y la liquidación, para continuar con la división y la adjudicación.

Así, para llevar a cabo la disposición de los fondos, los herederos habrán de acreditar su derecho a la adjudicación concreta, y para ello deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de dichos fondos. Por ello, en los supuestos en los que los documentos aportados a modo de partición no contienen las citadas operaciones, no pueden estimarse válidos a los efectos de la adjudicación. Así, por ejemplo, en los casos en los que la parte reclamante solicita la disposición de fondos alegando que el documento aportado a la Administración con motivo de la liquidación del impuesto sobre sucesiones constituye la partición y adjudicación de la herencia, el DCE analiza si el documento presentado a la Administración contiene tanto el inventario y avalúo de los bienes como la división y la adjudicación de la herencia.

Modalidades de partición de herencia

Por lo que se refiere a la partición de la herencia, es preciso señalar que, de conformidad con el Código Civil, una partición puede ser testamentaria, convencional[142] o judicial.

a) La partición testamentaria es aquella que es realizada por el propio causante en su testamento.

   La consecuencia inmediata en el caso de encontrarnos ante una partición testamentaria, de conformidad con el artículo 1068 del Código Civil, es que se produce la adquisición directa de los bienes hereditarios

142 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 tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.»

adjudicados a cada heredero, esto es, sin necesidad de que exista partición convencional realizada por los herederos.

Ahora bien, para que nos encontremos ante una partición testamentaria, según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo[143], el testador debe haber distribuido sus bienes practicando todas las operaciones particionales —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—; de lo contrario, nos encontramos no ante una partición, sino ante una disposición testamentaria.

Así, en el expediente R-202106994 el reclamante solicitaba la disposición de los fondos de su causante. Ante la negativa de la entidad, por faltar el documento de partición y adjudicación suscrito por todos los herederos, alegaba que dicho documento de partición convencional no era necesario, pues el testamento había instituido a todos los herederos por partes iguales. Este Departamento, tras la revisión del testamento, concluyó que dicha previsión no implicaba una partición testamentaria —al carecer el testamento de inventario y avalúo, liquidación y adjudicaciones concretas—, de forma que, efectivamente, como había señalado la entidad, resultaba necesario que todos los herederos realizasen de común acuerdo dicho trámite o, en su defecto, se hiciera una partición judicial.

b) En caso de no existir partición testamentaria, son los herederos de mutuo acuerdo los que deben proceder a formalizar el documento de aceptación, partición y adjudicación, esto es, la partición convencional —supuesto más común en la práctica—.

Respecto a este tipo de partición, 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 Departamento ha venido considerando una conducta contraria a las buenas prácticas la exigencia por parte de las entidades de que la aceptación y la partición de la herencia se formalicen en documento público, incluso en los casos en los que concurra un bien inmueble en la herencia. En este último supuesto —concurrencia de un bien inmueble—, el DCE ha manifestado que no existe obligación legal alguna de instrumentar mediante documento público la partición y la adjudicación de la herencia, 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

143 Por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998.

público el documento de partición y de adjudicación, hecho este que no afecta a la disposición de saldos bancarios.

Por otro lado, en lo que respecta a los documentos privados de aceptación y partición de herencia, este Departamento ha declarado que el trámite de reconocimiento de firmas puede realizarse mediante:

— La personación en la oficina de los herederos, sin que quepa exigirse 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.

Dentro del apartado de partición y adjudicación de herencia convencional —esto es, realizada de común acuerdo por los herederos— debe analizarse también la necesidad de consentimiento o no de otros partícipes de la herencia.

Es decir, en ocasiones procede analizar la necesidad de recabar el consentimiento en la partición de figuras distintas de los herederos. En concreto, podemos clasificar a los sujetos intervinientes en la herencia —y que no son herederos— de la siguiente forma:

— En el caso de que existieran legatarios de parte alícuota en una herencia, la jurisprudencia establece que estos deben consentir la partición. Así lo declaran la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006[144] y la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1997, entre otras.

— Sin embargo, los legatarios de cosa específica deben consentir la entrega del legado a su favor, aceptándolo, pero no la partición de la herencia (Resolución de la DGRN de 25 de enero de 2019).

144 « (…) Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la sentencia de esta Sala de 22 de enero de 1963 ya señaló que "dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada". Así el artículo 1.038-3.°de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en su artículo 782.1 que están facultados para pedir la división judicial de la herencia.»

— En el caso particular de usufructo universal, en primer lugar, hay que diferenciar si nos encontramos ante un legitimario o no:

  • Si el usufructuario universal ostenta la condición de legitimario en sucesiones sujetas al derecho común (por ejemplo, el cónyuge viudo), sí sería necesario que dicho cónyuge usufructuario universal consintiese la partición, pero solo en su cualidad de legitimario que acepta o rechaza la atribución del usufructo universal[145].

  • Si el usufructuario universal no es legitimario, la jurisprudencia parte por diferenciar si estamos ante un legatario o un heredero.

    — Con carácter general, se considera que el usufructuario universal no legitimario que no ostenta facultad para disponer tendrá carácter de legatario y no tendría por qué consentir la partición entre los herederos limitada al derecho de nuda propiedad.

    — Por el contrario, el usufructuario universal de un no legitimario podría considerarse heredero[146] —y, en consecuencia, se requeriría el consentimiento en la partición—:

      • cuando se configura su atribución con una institución de cosa cierta de la herencia, o bien

      • cuando se le concede al usufructuario la facultad de disponer.

— Por último, en el caso del legado en usufructo de parte alícuota, la necesidad de mostrar su consentimiento en la partición no tiene una respuesta clara desde el punto de vista normativo, jurisprudencial ni doctrinal, por lo que el DCE no podría emitir un pronunciamiento en estos casos.

  Así, no es infrecuente que surjan expedientes en los que la entidad deniega el reparto de los fondos alegando que falta el consentimiento de otros sujetos distintos de los herederos.

A modo de ejemplo, podemos citar los expedientes de reclamación R-202112791 y R-202116474, en los que, a la vista de las disposiciones testamentarias, en ambos casos nos encontrábamos ante un usufructo universal a favor de una persona legitimaria —viuda del causante—, por lo que, de conformidad con el análisis expuesto en las líneas precedentes,

145 Resolución de la DGRN de 3 de julio de 2019.

146 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014.

resultaría necesario que la esposa del causante, usufructuaria universal, consintiese la partición.

Por el contrario, en el expediente R-202013522 se había establecido un usufructo universal a favor de la pareja del causante, habiendo acreditado los reclamantes —hijos del causante— tanto ante el notario como ante la entidad que, aun cuando el testador se refería a ella como su esposa, lo cierto es que la usufructuaria y el causante no habían contraído matrimonio.

En consecuencia, este Departamento concluyó que estábamos ante un usufructo universal a favor de una persona no legitimaria y, dado que no se le reconocían facultades de disposición ni había sido instituida en cosa cierta, de conformidad con el análisis expuesto en las líneas precedentes, no resultaría necesario el consentimiento de la usufructuaria.

c) Por último, dentro de los distintos tipos de partición, nos encontramos con la partición judicial de la herencia que tiene lugar cuando no existe acuerdo entre los coherederos, sin que el testador haya realizado partición alguna ni se la haya encomendado a un contador-partidor. El procedimiento especial para la división judicial de herencia —regulado en los arts. 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)— puede finalizar mediante conformidad de las partes a las operaciones divisorias realizadas por el contador partidor (previa audiencia o sin ella) o sin conformidad (supuesto en el que tribunal dictará sentencia).

La diferencia entre un caso y otro presenta relevancia a efectos de determinar la documentación que deben presentar los herederos a la entidad.

Así, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[147] ha expuesto que «en el supuesto en que las partes no alcancen la conformidad, y en consecuencia es el tribunal el que dicta sentencia, dicha sentencia, una vez firme, es título suficiente a efectos de ejecución de las operaciones particionales».

Por el contrario, si las partes han prestado su conformidad a las operaciones de avalúo y división (bien sin haber llegado a comparecencia, bien habiendo alcanzado el acuerdo en la comparecencia), entonces el procedimiento finaliza por decreto del letrado de la Administración de Justicia, que da por aprobadas las operaciones. En estos supuestos, se precisa la elevación a escritura pública por aplicación del artículo 787.2 de la LEC.

147 Resolución de 1 de febrero de 2018.

Por otra parte, resulta oportuno señalar que, en un ejercicio anterior, se analizó un caso en el que la parte reclamante mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a entregarle los fondos de los que había resultado adjudicataria en un proceso judicial de herencia, habiendo aportado a la entidad la resolución final —decreto del letrado de la Administración de Justicia—. La entidad, por su parte, sostenía que era necesaria la protocolización ante notario de las operaciones divisorias. El DCE, una vez comprobado que el procedimiento había finalizado mediante la emisión de un decreto de conformidad, que contenía la instrucción de protocolizar las operaciones en la notaría, estimó que el requerimiento de protocolización requerido por la entidad no se encontraba carente de justificación.

Como continuación de este expediente, en el presente ejercicio la parte reclamante volvió a presentar reclamación (R-202114842), alegando y acreditando que ya había realizado la protocolización de operaciones particionales, recogiéndose en la escritura que era adjudicataria del 100% de los fondos de la cuenta, por lo que este Departamento concluyó que la actuación de la entidad en este momento —es decir, habiéndose producido ya la protocolización de las operaciones— resultaba contraria a las buenas prácticas y usos financieros, al no haber procedido a ejecutar el reparto de los fondos.

Contenido del documento particional

En cuanto al contenido del documento de aceptación, partición y adjudicación de la herencia, 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 Departamento 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:

— El documento no contiene la partición o la adjudicación de bienes concretos —adjudicando el saldo de una cuenta en proindiviso—, por lo que resulta necesario requerir a los herederos para que aporten un nuevo documento que relacione las adjudicaciones concretas de los bienes de la herencia depositados en la entidad.

— 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 estos[148], las entidades necesitan recabar de los herederos instrucciones adicionales de reparto.

En este punto, ha sido necesario matizar (R-202109033) que, efectivamente, habiéndose producido una variación del saldo, resultan necesarias dichas instrucciones adicionales; ahora bien, la paralización del reparto de la totalidad del saldo solo se entendería ajustada a las buenas prácticas en el caso de que el saldo existente fuese inferior al inventariado, evitando mediante el reparto beneficiar a unos herederos frente a otros.

Sin embargo, en los supuestos en los que hay un exceso de fondos, este Departamento entiende que nada obsta para proceder al reparto de lo inventariado y adjudicado, dejando el remanente pendiente de las mencionadas instrucciones adicionales.

También ha sido objeto de matización el expediente R-202123299, en este caso por afectar a legados. En concreto, la entidad alegaba que, debido a una variación del saldo respecto del inventariado en la escritura de partición y adjudicación, requería instrucciones adicionales suscritas por todos los herederos con carácter previo a proceder al reparto.

En este caso, el DCE concluyó que, habiéndose producido una variación del saldo, resultan necesarias dichas instrucciones adicionales por parte de los herederos. Sin embargo, dicho criterio no alcanza a los legados.

De esta forma, siempre que haya saldo suficiente en la cuenta para atender los legados, estos deben satisfacerse; y ello por los siguientes motivos:

— El legatario deviene titular *ipso iure* del legado en el momento de la muerte del causante, de forma que, si el legado es propiedad del testador, el legatario resulta propietario desde el fallecimiento (arts. 881 y 882 del Código Civil).

— Habiendo distintos sujetos en una herencia (legatarios y herederos), existe un orden de prelación en el cobro de la herencia yacente. Así, el heredero,

148 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 de junio de 2015, respecto de las adiciones particionales: «Es, en definitiva, 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.»

antes de recibir el caudal hereditario, debe hacer frente al pago de los acreedores, las legítimas y los legados.

— Es más, aun en el supuesto de que los legados ordenados por el testador superen el líquido disponible de la herencia, si hay herederos voluntarios que hayan aceptado la herencia pura o simplemente, tales herederos responden del pago de los legados no solo con los bienes de la herencia, sino también con los suyos propios.

— Por último, incluso en el caso de que los legados ordenados superen el líquido de la herencia y no hubiera herederos voluntarios, el artículo 887 del Código Civil establece el orden de pago en función del tipo de legado.

Revocación del documento particional

Otra de las incidencias derivadas de la presentación del documento de partición que ha sido abordada por este Departamento es aquella en la que la entidad niega la disposición de la herencia, a pesar de haber sido presentado el documento de partición, alegando que uno de los herederos revocó la partición en un momento posterior a su firma.

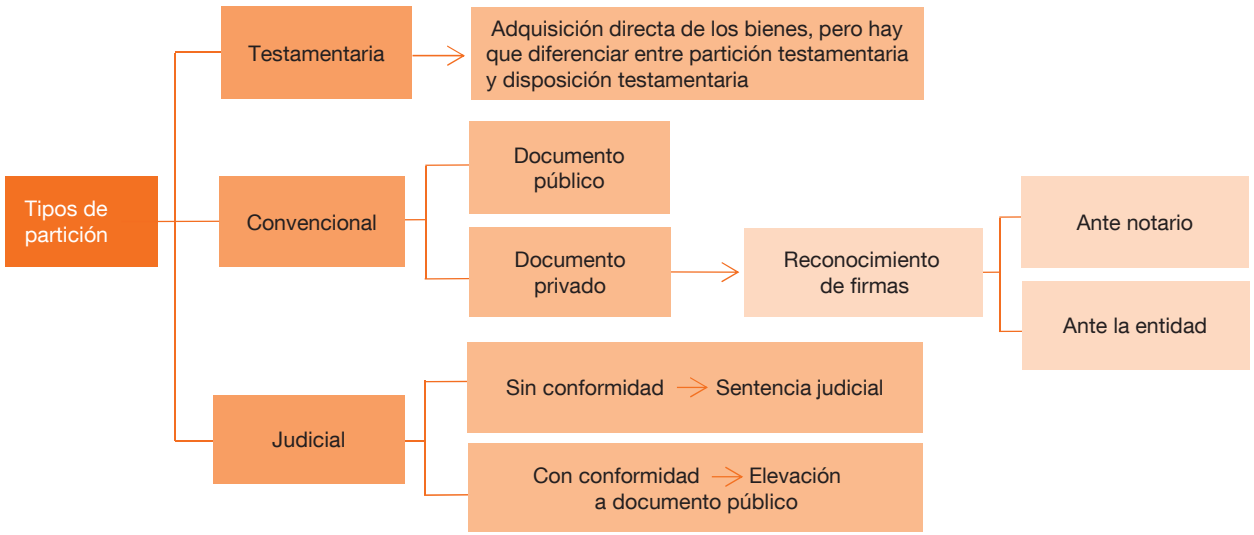
En estos casos, el DCE sostiene que habrá de estarse al caso concreto, evaluando el tipo de testamentaría ante la que nos encontramos (testamentaria, convencional, etc.), así como el contenido del cuaderno particional, a fin de comprobar si este contiene o no condiciones suspensivas o de otra índole que habiliten a los herederos para 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 el negocio particional.

De no concurrir condición alguna, el DCE 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 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)[149].

149 En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Supremo 1701/2014, de 19 de febrero de 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.»

Esquema 2.6

PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA HERENCIA



FUENTE: Banco de España.

Este criterio encuentra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[150], 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. Esto sin perjuicio de que, como ha manifestado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo[151] —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, a esta le corresponden los vicios de los negocios *inter vivos.*

Ahora bien, tanto la nulidad como la anulabilidad requieren la acción de impugnación, mientras que la de rescisión requiere la acción de rescisión, acciones todas ellas que deben ser planteadas ante los tribunales de justicia, sin que en ningún caso quepa su apreciación por otras instancias.

11.1.7 Impuesto sobre sucesiones

Otro de los documentos que exigen las entidades en el marco del proceso de testamentaría es la justificación del pago o exención del impuesto sobre sucesiones, salvando así la responsabilidad subsidiaria que por el pago del impuesto corresponde

150 Así lo dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1960.

151 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998.

a los intermediarios financieros en las transmisiones *mortis causa* de depósitos, garantías, certificados de depósito, cuentas corrientes, de ahorro o 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, esta normativa establece 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 competente lo autorice».

El DCE ha indicado al respecto que la salvaguarda de tal responsabilidad no puede llevar a la conclusión de que las entidades se encuentren 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 del 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 evitar un posible perjuicio a 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 regula un régimen de liquidación parcial o autoliquidación (arts. 78, 86.2 y 89)[152] mediante el que se puede obtener la disposición de los fondos y bienes depositados con el objeto de hacer frente al pago del impuesto, ingreso que cumple, además, la función de extinguir la responsabilidad subsidiaria de las entidades bancarias.

---

152 «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 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.»

En cuanto al procedimiento que se debe seguir en estos supuestos, con anterioridad al año 2003, la normativa del impuesto sobre sucesiones establecía que la oficina administrativa gestora tenía la potestad de autorizar o no la liquidación a cargo de la herencia, a solicitud del interesado.

Sin embargo, en la actualidad ha desaparecido la necesidad de que la Administración Tributaria autorice, con carácter previo, la disposición de los depósitos, cuentas corrientes, títulos valores, garantías o seguros que figuraran a nombre del causante con el fin de abonar el impuesto sobre sucesiones, de forma que los contribuyentes deberán dirigirse directamente a la entidades, y estas procederán a expedir, a cargo de los bienes del causante, un cheque a nombre de la Agencia Tributaria, con el exclusivo fin del pago del impuesto sobre sucesiones.

Otra de las cuestiones que se plantean ante este Departamento son los supuestos de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto. Así, en la normativa tributaria se prevén tales posibilidades, pero no existe una previsión similar a la mencionada 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 la responsabilidad subsidiaria de las entidades se extingue únicamente con el ingreso del importe de la liquidación o autoliquidación parcial o, por supuesto, con el pago de la liquidación definitiva que corresponda (R-202121730).

Por último, en algunos expedientes (R-202126057, R-202125550 y R-202116395) las entidades denegaban el reparto de los fondos alegando que otros herederos —distintos de la parte reclamante— no habían acreditado el pago del impuesto de sucesiones. En todos los expedientes presentados en este sentido, el DCE ha declarado la conducta de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros al bloquear los fondos del reclamante, incluso su retención parcial, por la falta de acreditación del pago del impuesto de otros herederos obligados al pago.

11.1.8 Formas de disposición de los fondos

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, en función de sus necesidades o intereses —efectivo, traspaso o transferencia, cheque bancario, etc.—, sin que quepa en ningún caso que la entidad imponga el medio de disposición.

Ahora bien, 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 solo está cumpliendo con la obligación legal de reintegro de fondos a los herederos del depositante.

Sin embargo, si la entidad, por cualquier circunstancia, como pueden ser los supuestos de importes elevados, determinase que la disposición en efectivo no es posible, debe habilitar otro medio gratuito para la disposición —cheque bancario o transferencia, por ejemplo—.

Una cuestión distinta sería que los herederos cursaran órdenes a la entidad para que los fondos les fueran abonados de un modo determinado —obviando la forma de disposición gratuita ofrecida—, dando lugar a la prestación por parte de esta de un servicio adicional, que, como tal, puede ser retribuido mediante el 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 Departamento 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. En este caso, pueden presentarse varios escenarios que deben sopesar los interesados:

1 Cancelar la cuenta, firmando para ello todos los herederos la orden de cancelación.

2 Cambiar la titularidad de la cuenta, pasando esta a estar titulada (mancomunada o solidariamente) por todos los herederos adjudicatarios, si este fuera el deseo de todos ellos.

3 Cambiar la titularidad de la cuenta, pasando a estar titulada por el heredero que quisiera seguir manteniendo esa cuenta y desvinculando totalmente a los otros que no quisieran ser titulares de dicho contrato de cuenta.

Efectivamente, llegar a otra conclusión llevaría al absurdo, a nuestro juicio, de que los adjudicatarios del saldo de la cuenta, a pesar de haber tramitado ante la entidad la testamentaría de su causante, tuvieran que permanecer «obligatoria» e «indefinidamente» en un contrato del que no desean ser parte, por el mero hecho de que uno de ellos se niegue a cancelar la cuenta, con las consecuencias que ello comporta; entre otras, el tener que hacer frente a los costes de mantenimiento de la cuenta.

Además, en el caso de que la cuenta sea de titularidad plural, todas estas opciones deben contar también con el consentimiento del cotitular, como no podría ser de otra manera.

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 Departamento que las entidades, como profesionales expertas de su operativa, deben contar con los medios para reflejar tal situación, facilitando el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

Ahora bien, ahondando en el criterio establecido, cabe señalar que se han presentado casos ante este Departamento en los que se pretendía por la parte reclamante que la entidad reflejase en la titularidad de la cuenta el pleno dominio y el usufructo en forma de porcentajes. Así, el DCE entiende que una cosa es reflejar en la cuenta la condición de nudo propietario y usufructuario sobre la totalidad —de conformidad con el criterio expuesto más arriba— y otra muy distinta es que la entidad deba recoger la condición de usufructuario y nudo propietario de una parte y de propietario del pleno dominio de la otra, procediendo a fragmentar la cuenta en porciones o porcentajes.

De esta forma, el DCE concluyó que los herederos deben especificar, en el caso de que deseen un cambio de titularidad en la cuenta, en qué términos debe reflejarse esta, sin que sea razonable reflejar la condición de propietario del pleno dominio de una parte y de nudo propietario o usufructuario de la otra, de forma que, o bien se contempla la condición de usufructuario y nudo propietario —respectivamente— sobre la totalidad, o bien la condición de cotitularidad plena.

11.1.9 Comisión por tramitación de testamentaría

En relación con el criterio establecido para esta comisión, como ya indicamos en las anteriores memorias, desde la correspondiente al año 2019, en los informes que ha resuelto este Departamento desde la publicación de aquella (8 de julio de 2020), se consideraría que el cobro de una comisión de testamentaría por entidades de crédito, en aquellos casos en que la entidad no acreditase la prestación de un servicio, sino que se realizase un bastanteo de la documentación —con independencia de que la

entidad tuviera subcontratada la prestación de dicho servicio de comprobación de la documentación, hecho este que por sí solo no justifica la prestación de un servicio retribuible por los clientes—, podría suponer un quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011.

Así, el criterio vigente por el que se aborda el análisis de la procedencia del cobro de la comisión de testamentaría tiene su fundamento en dos premisas básicas:

a) En primer lugar, se ha venido observando por el DCE que la operativa habitual del cobro de la comisión por tramitación de la testamentaría revela un obstáculo o limitación para los herederos que legítimamente instan la disposición o cambio de titularidad de los productos bancarios que les corresponden por razón de las adjudicaciones del caudal relicto; de esta manera, se coloca al heredero en la posición de «cliente cautivo» que no puede sino aceptar el cobro de la comisión que le propone la entidad si quiere disponer de los fondos a los que legítimamente tiene derecho.

   La anterior circunstancia vulnera el apartado 1 del artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011: «Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes», y conculca el principio de autonomía de la voluntad contractual en su vertiente de la libertad para contratar, siendo este un principio esencial en nuestro derecho de obligaciones, considerado fundamental incluso en contratos de adhesión, así como presupuesto de la liberalización de precios y comisiones.

   A mayor abundamiento, en los casos en que el causante dispusiera de bienes u obligaciones en más de una entidad bancaria, el heredero podría verse obligado, incluso, a satisfacer no una, sino varias comisiones similares.

b) En segundo lugar, respecto del principio de realidad del servicio prestado, cabe destacar que, en muchos de los expedientes que el DCE viene analizando, la realización de los trámites relacionados con la herencia de un cliente fallecido se lleva a cabo mediante la gestión exclusiva de los herederos del cliente difunto, bien por ellos mismos, bien recabando al efecto los servicios de los operadores jurídicos de los que, en cada caso, decidan servirse o contratar para su realización (notario, abogado, gestoría, etc.)

Como consecuencia de lo anterior, el DCE estableció como criterio que, en los casos en los que los herederos presentan documentación preparada por profesionales ajenos a la entidad o por ellos mismos, pero cumpliendo con los

requisitos para su validez —por ejemplo, un documento de partición y adjudicación que contenga el inventario, avalúo, partición y adjudicación de los fondos—, la actuación de las entidades debe ser la de limitarse a la comprobación de la documentación que legitima al heredero a la disposición de los fondos.

Así, el estudio o bastanteo de la documentación no puede tener la consideración de un auténtico servicio al cliente, como tampoco deben tenerlo las actividades relacionadas con esta gestión, como pueden ser el envío automatizado de la relación de documentos requeridos por la entidad para el reparto de posiciones del fallecido, los recordatorios sobre documentación faltante o la imposición de determinados documentos en formatos de interés interno para la entidad, pues todas estas actividades y gestiones se incardinan en el ámbito más global descrito más arriba que debe llevar legamente a cabo la entidad de crédito para facilitar el reparto de las posiciones del que fuera su cliente.

Dicho de otra manera, el mero estudio de la documentación vinculada a la sucesión no es distinto de, por ejemplo, aquel que se realiza al bastantear la escritura de constitución, escisión, fusión, etc., de una mercantil, o del referido a cambios en la estructura de apoderamientos o administración de sociedades mercantiles o, en general, cualesquiera otras actividades de comprobación que resultan inherentes a la diligencia de un buen empresario que le es exigible a las entidades como operadores del tráfico jurídico-mercantil.

En consecuencia, al igual que sucede con las operaciones citadas, la verificación de los documentos hereditarios de un cliente bancario debe incardinarse en una actividad interna de la propia entidad, que esta hace en interés propio para dar debido cumplimiento de una obligación legal y que no implica la prestación de un servicio bancario.

A mayor abundamiento, el DCE, a la vista de la actuación de las entidades desde el cambio de criterio expuesto en la Memoria de 2019, entiende necesario recalcar que el actual criterio sobre esta comisión parte de la premisa de que: i) en principio, y salvo acuerdo en otro sentido, son los herederos los que elaboran y presentan a la entidad la documentación necesaria para la tramitación de la herencia, una vez informados de esta, y ii) tiene como objetivo el que los herederos tengan la posibilidad real de tramitar la herencia y disponer de los fondos sin gastos adicionales y sin que se vean obligados a suscribir contratos de los que no desean formar parte.

Asimismo, el DCE entiende necesario realizar algunas otras matizaciones para su mejor comprensión. Para ello, es necesario recordar las fases del proceso de testamentaría desde el punto de vista del derecho civil; estas son: fallecimiento, apertura de la sucesión (vocación y delación), aceptación, y partición y adjudicación de fondos. Además, desde el punto de vista fiscal, los herederos deben cumplir con el trámite del pago del impuesto de sucesiones.

Entrando a analizar la concreta actuación de las entidades a lo largo de este proceso, cabe destacar lo siguiente:

a) Desde el fallecimiento hasta la aceptación, las entidades únicamente deben, desde el estricto punto de vista de la tramitación de la herencia, acometer las siguientes tareas:

   - Una vez que los herederos prueban su condición mediante los documentos que les acreditan como tales, facilitar información a estos (certificado de posiciones a la fecha del fallecimiento, movimientos posteriores al fallecimiento y un año anteriores al óbito).

   - Antes de facilitar dicha información, recabar la documentación que les acredita como herederos (certificado de defunción, certificado del Registro de Actos de Última Voluntad y testamento o declaración de herederos abintestato).

   - Facilitar información sobre los documentos necesarios para la tramitación de la herencia (habitualmente, la partición de herencia y liquidación del impuesto de sucesiones). En este punto, lo habitual es que las entidades cuenten con un documento denominado «guía de tramitación de herencia» o similar denominación; en cualquier caso, tales requisitos vienen descritos en las memorias del DCE.

   En esta primera fase, en la que reiteramos que la entidad únicamente se limita a comprobar la documentación y a proporcionar información, no cabe el cobro de comisión por estos conceptos (R-202115123).

b) Posteriormente, los herederos deben elaborar la partición y adjudicación de herencia y liquidar el impuesto de sucesiones. Una vez realizados estos trámites, los herederos acuden a la entidad a fin de disponer de los fondos o proceder al cambio de titularidad.

   En esta fase del proceso, las entidades deben comprobar la documentación entregada por los herederos (partición y adjudicación de herencia y liquidación del impuesto de sucesiones) y, en caso de error o ausencia de alguno de ellos, comunicárselo a los herederos. Sobre ello, reiteramos que la verificación de la documentación de la testamentaría es también una actividad interna de la propia entidad, que esta hace en interés propio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le incumben, y que, por sí misma, no implica la prestación de un servicio bancario, por lo que no es susceptible de cobro alguno.

Algunas entidades han alegado que el cobro de la comisión por tramitación estaría justificado por el hecho de que hayan tenido que requerir documentación adicional a los herederos, o bien alguna corrección de esta, así como por la revisión de los impuestos, concluyendo que estas gestiones no suponen un mero bastanteo de la documentación, sino un servicio de «asesoramiento».

Sobre este particular, este Departamento ha concluido que ninguna de estas gestiones puede considerarse un servicio de «asesoramiento» en el sentido del criterio establecido por el DCE, sino que se enmarcan en el cumplimiento por parte de la entidad de los trámites necesarios para asignar los fondos a favor de quien legítimamente los tiene atribuidos *mortis causa* (R-202107984 y R-202100928).

De la misma forma, este Departamento entiende que la elaboración de lo que algunas entidades denominan «informe jurídico» no resulta asimilable a un servicio de asesoramiento, pues es un documento interno de la entidad y no un requisito legal para la tramitación de la herencia, como puede ser la partición y adjudicación de los fondos o la liquidación del impuesto de sucesiones (R-202112842 y R-202112888).

No obstante lo señalado, puede darse el supuesto de que los propios herederos encarguen a la entidad la realización de alguno o algunos de los trámites citados en el punto anterior (partición y adjudicación de herencia y liquidación del impuesto de sucesiones), y es a tal supuesto al que este Departamento se refiere como «realizar una labor similar a la de la gestoría o asesoría jurídica más allá de la verificación de la documentación presentada».

Es decir, en todo el proceso de testamentaría las únicas actividades que este Departamento entiende como servicios prestados susceptibles de cobro son, o bien aquellas en que la entidad elabore por encargo de los herederos el documento de partición y adjudicación de herencia, o bien proceda a realizar, también por encargo del cliente, la liquidación del impuesto de sucesiones.

A lo que cabe añadir que, con carácter previo a que se elaboren por parte de la entidad estos trámites, se debe recabar un consentimiento expreso para su elaboración y del coste asociado a este, si es que lo hubiere.

11.1.10 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.

Legatario

Comenzando con la figura del legatario, conviene aclarar que la principal diferencia entre la figura de legatario y la de heredero es, de conformidad con el artículo 660 del Código Civil, que el heredero es el sucesor *mortis causa* a título universal, y el legatario, el sucesor *mortis causa* a título particular.

En la figura de legatario, y dentro de la gran variedad de supuestos que pueden originarse, debemos distinguir, a grandes rasgos, las siguientes clases:

— Legado de cosa específica, ya sea propia del testador o ajena —en todo o parcialmente—.

— Legado de parte alícuota de la herencia; dentro de este tipo de legado se incluyen los casos en los que se designa a uno de los herederos forzosos como legatario de la legítima estricta. Se trata con mayor amplitud en el punto siguiente.

Respecto del legado de cosa cierta, el artículo 882 del Código Civil dispone que «[c]uando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante del fallecimiento a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora».

Ahora bien, el legatario 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 en el artículo 885 del Código Civil.

En este sentido, la corriente jurisprudencial mayoritaria[153] —que se apoya en el art. 885 del Código Civil— establece que, con independencia de que la propiedad

153 En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2003 dice que «el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. […] de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquel muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando este se halle autorizado para darla (artículo 885 del Código Civil)».

Y la sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 1963: «Aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador a tenor de lo dispuesto en el artículo 882 del Código sustantivo, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que conforme a lo previsto en el 885 ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye, según sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1947, un requisito complementario para la efectividad del legado.»

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de junio de 2008 expone: «El legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador y adquiera su propiedad de la cosa legada cuando es específica, determinada y propia del testador, incluso la esté poseyendo, ello no significa que no tenga que pedir su entrega al heredero o albacea autorizado ya que su adquisición no se verifica de forma inmediata como en la herencia sino de forma mediata a través del heredero, otorgando al legatario una acción personal *ex testamento* para pedir la entrega del legado e incluso ejercitar la acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder.»

de la cosa sea del legatario, desde el momento en el que muere el causante, se impone al legatario la carga de solicitar la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o albacea. De esta manera, la adquisición de la cosa se realiza de forma mediata a través del heredero.

Por tanto, con carácter general, este Departamento 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, 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.

Por otro lado, algunas reclamaciones ante el DCE vienen originadas por la controversia surgida a raíz de la institución por el testador, en su testamento, de herederos (en ocasiones, herederos únicos y universales) que coexisten, 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 las entidades 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 que el ámbito de competencia del DCE 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 DCE 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.

Información al legatario

En cuanto a la información que han de facilitar las entidades a los legatarios de legítima, 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 DCE ha venido sosteniendo, salvo 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; esto, claro está, con independencia de apreciar el innegable interés que tiene para los legitimarios el conocer el valor al que asciende el patrimonio hereditario.

No obstante lo anterior, este Departamento 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.

Así, por ejemplo, en el expediente R-202127514 el DCE concluyó que, habiendo sido el reclamante instituido en el testamento como legatario, y no como heredero, no procedía acoger sus alegaciones respecto de su derecho a obtener información sobre las cuentas de la causante.

Asimismo, en este expediente la parte reclamante sostenía que, al menos, tenía derecho a obtener un certificado de posiciones a la fecha del fallecimiento. Frente a ello, este Departamento explicó que el criterio establecido es no considerar una

mala práctica bancaria que las entidades faciliten a los legitimarios un certificado con las posiciones del causante, pero no es obligatorio, por lo que no procedía emitir un pronunciamiento contrario a la entidad por este particular.

Disposición de fondos por el legatario

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 Seguridad Jurídica y Fe Pública[154] 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 citada dirección general 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 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.

A la vista de lo anterior, y en los términos expuestos, resulta obvio que no corresponde al DCE 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.

Usufructuario

Otra figura relevante que se presenta en el ámbito de la testamentaría, y que es objeto de reclamaciones ante este Departamento, 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

154 Resoluciones de 13 de junio de 2013 y de 13 de febrero de 2015.

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 (un tercio de los bienes de la herencia), etc.

Es decir, no cabe establecer, *a priori,* una pauta común de actuación, sino que este Departamento analiza cada caso en función de las especialidades expuestas y dentro de sus límites competenciales.

Usufructo de dinero o cuasiusufructo

Dentro de la figura del usufructuario, resultan relativamente comunes los casos en los que el cónyuge viudo resulta adjudicatario del usufructo universal y vitalicio de la herencia de su difunto cónyuge y reclama a la entidad la disposición de los fondos.

En estos supuestos, el DCE viene indicando 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 de 2000, al decir que la jurisprudencia[155] y la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[156] 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, establece 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».

---

155 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.

156 Resoluciones, entre otras, de 23 de julio de 1905, 29 de noviembre de 1911, 12 de enero de 1917, 22 de febrero de 1933, 9 de marzo de 1942 y 8 de febrero de 1950.

En el ámbito más concreto de la materialización del usufructo del dinero, la jurisprudencia menor, esto es, las sentencias de audiencias provinciales, ha 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 9 de junio de 2012[157] 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 DCE concluye que la parte usufructuaria del dinero cuenta con la facultad de disposición, ostentando los nudos propietarios un derecho de crédito frente al usufructuario, de forma que, cuando tenga lugar la extinción del usufructo, su valor, que corresponde a los nudos propietarios y ha sido dispuesto por el usufructuario, puede ser reclamado por aquellos a los herederos del usufructuario, por lo que se estima contrario a las buenas prácticas y usos financieros que la entidad no permita, a la parte usufructuaria de dinero, la disposición de los fondos.

En este ejercicio, este criterio ha sido objeto de aplicación en los expedientes R-202113505 y R-202107466.

Cautela sociniana o cláusula socini

Una cláusula de utilización frecuente en el derecho sucesorio, y que en ocasiones es objeto de reclamación ante este Departamento, 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 dejar al legitimario una mayor porción de la herencia que la que le correspondería por legítima estricta,

157 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 31 de marzo de 2009 y de Granada de 24 de octubre de 2011.

gravando lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, y 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, por ejemplo, en la sentencia de 10 de junio de 2013[158].

— 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 corresponde. Así lo expone la sentencia citada en el párrafo anterior, 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 Departamento reclamaciones por las que el cónyuge viudo solicita la disposición de los fondos en usufructo sin contar con la aprobación de los herederos para la toma de posesión, el DCE entiende 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.

11.2 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento de un cliente bancario

Hasta ahora, todo lo expuesto se ha centrado en la tramitación de la herencia, desde la recepción de información por parte de los herederos hasta la efectiva disposición

158 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 adquisitivo de los legados, sino una consecuencia directa de la ordenación dispositiva querida por el testador.»

de la herencia, así como la diversa problemática que puede originarse con otros intervinientes, como puedan ser los legatarios, legitimarios o usufructuarios; sin embargo, el fallecimiento de un titular de productos bancarios puede dar lugar a diversas incidencias en dichos productos durante la tramitación de la herencia —esto es, en el tiempo en el que la herencia aún no se ha adjudicado—, de forma que este Departamento viene resolviendo las reclamaciones presentadas, dependiendo del tipo de producto ante el que nos encontremos, con los criterios que se exponen a continuación.

11.2.1 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 DCE considerar que no constituye una mala práctica que las entidades admitan disposiciones singulares antes de la adjudicación de la herencia cuando:

i) 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 por el titular que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, entre las que se pueden incluir las domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podría suponer recargos e inconvenientes innecesarios, salvo que existiera orden expresa en contrario dada por todos los herederos.

Así, respecto del primer punto, esto es, aquellas operaciones que vengan autorizadas por todos los herederos, hay que precisar que este criterio se refiere a disposiciones relativas al mantenimiento y conservación del caudal relicto, y no a actos de disposición (es decir, en él se encuadran las facultades de administración de la herencia yacente), mientras que, para los actos de disposición, se requiere la aceptación de la herencia, tal y como concreta el artículo 999.4 del Código civil[159].

Es decir, se refieren a una gestión limitada, destinada fundamentalmente a la custodia, conservación y protección del patrimonio yacente, y tienen carácter subsidiario y provisional, ya que podrán ser desempeñados solo en defecto de que

159 «Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.»

el testador haya conferido al albacea o a otra persona la administración de la herencia, o se haya producido la intervención judicial de esta.

Asimismo, se refiere a solicitudes de cargos o abonos en la cuenta del causante y que se refieran a actos de administración, mantenimiento y conservación de la herencia, aun cuando no estuviesen ordenados en vida por el titular, siempre que cuenten con el consentimiento de todos los herederos o llamados a heredar.

Así, en el expediente R-202124660 la parte reclamante pretendía la domiciliación de ingresos en la cuenta del causante provenientes de la renta del alquiler de un inmueble de la herencia yacente. En este caso, el DCE concluyó que, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, puesto que la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo entiende que el contrato de arrendamiento del inmueble del causante es un acto de administración y no de disposición (STS 1.ª de 12 de mayo de 1972, STS 1.ª de 30 de marzo de 1990, STS 1.ª de 13 de junio de 1998), se estima contrario a las buenas prácticas la negativa de la entidad a atender la solicitud de domiciliación de ingreso en la cuenta del causante de las rentas del alquiler del inmueble del fallecido, que había sido formulada por todos los herederos.

En relación con el segundo punto, los gastos de sepelio, viene señalando el DCE que las precauciones a adoptar en caso del fallecimiento del titular de una cuenta no deben ser óbice para que la entidad haga frente al pago de los gastos de sepelio y enterramiento que se encuentren debidamente documentados y acreditados.

Efectivamente, la oposición a realizar un reintegro por parte de la entidad se viene entendiendo contraria a las buenas prácticas y usos financieros, pues son deducidos a la hora tanto de determinar el caudal relicto que se ha de distribuir entre los herederos y legatarios como al establecer la base imponible sujeta a gravamen (art. 14 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y art. 33 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) en cuanto se justifiquen y hasta donde guarden la debida proporción con el caudal hereditario, conforme a los usos y costumbres de cada localidad.

Según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1894 del Código Civil, «los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle». *Sensu contrario,* parece evidente que, habiendo dejado bienes el causante, habrán de aplicarse estos en primer lugar, antes incluso de hacer frente a obligación fiscal alguna. Así se desprende también, a mayor abundamiento, de los artículos 902 y 903 del Código Civil, en el sentido de que corresponde a la masa hereditaria soportar los gastos originados por la contingencia indicada.

La jurisprudencia menor se ha manifestado también en diversas ocasiones en el sentido indicado:

a) La sentencia n.º 102/2003, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1.ª), en relación con la procedencia de los gastos de sepelio y funeral del causante, con cargo a fondos existentes en la cuenta corriente entregados al hermano de las recurrentes para el pago de las exequias.

b) Y ello al margen de que se acredite o no la condición de heredero, como indica la sentencia n.º 240/2000, de 26 de mayo, de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección Única), en sus fundamentos jurídicos.

Ahora bien, dichos gastos deben ser acreditados ante la entidad. Así, en la R-202112875 este Departamento declaró la conducta de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros, al haber permitido una disposición de fondos con este objeto sin que la entidad aportase la factura emitida por la funeraria, por lo que no había quedado acreditado por la entidad la finalidad de la disposición.

Por último, el tercer punto, sobre operaciones ordenadas en vida por el titular fallecido y que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, se refiere, en gran medida, a las reclamaciones presentadas en relación con solicitudes de devolución de recibos domiciliados en cuentas de titulares fallecidos realizadas por los herederos; el DCE 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.

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.

Disposiciones de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular

Son también numerosas las reclamaciones que se presentan ante el DCE 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 —también llamado «solidario»— o, por el contario, conjunto —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 mencionados.

Además, una vez comunicado el fallecimiento de un titular, la entidad debe proceder al bloqueo de los medios de pago de los que dispusiera dicho titular, en aras de evitar disposiciones indebidas del caudal relicto por dichos medios; por ejemplo, disposiciones en cajero mediante tarjeta, o a través de banca *online* mediante transferencias. Así, entiende este Departamento que, en las cuentas de un único titular, las claves de acceso y los instrumentos de pago asociados a la cuenta deben quedar bloqueados (R-202122034, R-202111677, R-202108132 y R-202104966).

Por otro lado, en caso de existir autorizados en la cuenta, hay que señalar que, tras el fallecimiento del titular, es criterio del DCE 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, deben 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 mandante[160].

Ahora bien, en los casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas —bien sean realizadas por autorizados o por ausencia de bloqueo de medios de pago—, 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, y no antes; esto 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 existentes entre ellos, a las que son ajenas tanto la entidad de crédito como el DCE.

160 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 DCE 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 los otros cotitulares indistintos sobrevivientes, sin que aquella pueda exigir el consentimiento, y ni tan siquiera el conocimiento, de los herederos del causante, pues esa solidaridad activa, basada en la recíproca confianza de quienes constituyeron la cuenta, no desaparece con la muerte de uno de los titulares.

Cuestión distinta sería la responsabilidad que los herederos del titular fallecido podrían exigir, en su caso, al titular que ha dispuesto de los fondos existentes si estos fueran de propiedad del fallecido, total o parcialmente. 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 DCE.

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 de este Departamento se sustenta en la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal Supremo al respecto, entre las que destaca la de 27 de febrero de 1984 —objeto de numerosos estudios doctrinales—, así como las de 11 de julio y 19 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 DCE:

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 lo 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 […]» [STS (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 [STS (Sala de lo Civil) de 27 de febrero de 1984, 24 de marzo de 1971, 19 de octubre de 1988 y 19 de diciembre de 1995].

No obstante, cabe matizar que el DCE aplica ciertas excepciones al citado criterio, que pasamos a enumerar a continuación:

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

2 Además, el DCE también contempla la excepción al criterio general en los supuestos en los que los propios cotitulares realizan un reconocimiento expreso de que parte de los fondos de la cuenta son propiedad del otro cotitular fallecido. Entre los supuestos analizados por el DCE en cuanto al reconocimiento expreso por el cotitular, podemos citar, por ser especialmente clarificadores, aquellos casos en los que se incluye la cuenta en cuestión en la escritura de liquidación de sociedad de gananciales o de partición y adjudicación de herencia, dándose a esta un carácter ganancial, de lo que se deriva el reconocimiento expreso de que la propiedad del 50 % del saldo de la referida cuenta pertenecía a su cónyuge, causante y cotitular indistinto de la cuenta.

Por el contrario, el DCE no entiende la liquidación del impuesto sobre sucesiones como un acto de reconocimiento expreso, *per se,* de la propiedad de los fondos, pues la declaración de propiedad realizada en dicho trámite deriva de una presunción legal recogida en el artículo 30 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, precepto que, según dispone la Dirección General de Tributos en su consulta n.º 0034/99, de 14 de enero, implica que «en el caso de los depósitos indistintos hay que considerar que siendo dos los cotitulares corresponde a cada uno la mitad de lo depositado salvo que los interesados prueben otra cosa ante la Administración. De tal forma que si fallece uno de los cotitulares se presume que la mitad de la cantidad depositada forma parte del caudal hereditario».

3 Por último, el DCE admite la excepción al criterio antes mencionado en los casos en los que las entidades reciban órdenes contradictorias de los titulares supérstites y los herederos, siendo que, en dichos supuestos, una actuación acorde con las buenas prácticas y usos bancarios exigiría que las entidades adoptaran una postura neutral en el conflicto y, previa comunicación a las partes interesadas, adoptaran alguna medida cautelar, de forma tal que no pudieran efectuarse disposiciones con cargo a la cuenta, salvo que contaran con el consentimiento de los titulares supérstites y herederos del fallecido, o incluso el bloqueo de esta, previo aviso a los interesados, hasta tanto los cotitulares y herederos alcanzaran un acuerdo o fueran los tribunales de justicia los que resolvieran el conflicto, en su caso, poniendo fin a la controversia.

Así, este Departamento 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.

Ahora bien, se recalca 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 es excepcional, analizada caso por caso, y 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, mientras los interesados no 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.

Este criterio ha resultado de aplicación en el expediente R-202104904, en el que, además, hubo que matizar que el criterio establecido para que opere la excepción antes expuesta es que se reciban órdenes contradictorias, no la existencia de conflicto o desacuerdos entre las partes.

Así, en el referido expediente la entidad alegaba que, estando acreditada la discrepancia entre los herederos y el cotitular, no le constaba el consentimiento del cotitular para el reparto solicitado por los herederos, habiendo sido la entidad proactiva en las gestiones tendentes a conseguir el consentimiento del cotitular, quien había desistido expresamente a hacerlo.

De esta forma, el DCE entendió la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros, pues lo requerido por el criterio es la existencia de órdenes contradictorias, no de discrepancias entre las partes, resultando que, tal y como hemos expuesto, en ausencia de instrucciones contradictorias, el consentimiento del cotitular no era necesario.

Finalmente, cabe indicar que, en caso de existir autorizados 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 la hayan revocado de forma expresa, ante la circunstancia sobrevenida del fallecimiento.

Régimen de disposición conjunto o mancomunado

Respecto de cuentas bajo régimen de disposición conjunto, 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 vayan firmadas por todos los titulares, supliéndose la voluntad del titular fallecido por la de todos sus herederos. De no ser así, con carácter general, el DCE considera que la entidad no debería atender las solicitudes de disposición que le sean formuladas.

Cuentas con varios titulares fallecidos

También se ha sometido a consideración de este Departamento la negativa de algunas entidades a poner a disposición de los herederos de un cotitular indistinto fallecido, una vez resuelta por estos su testamentaría, los fondos de los que resultaron adjudicatarios; y ello sobre la base de que el otro u otros cotitulares indistintos de la cuenta también habían fallecido, exigiendo las entidades, en estos casos, la conformidad de todos los herederos de los cotitulares indistintos fallecidos, por entender que el pacto de solidaridad se extingue con el fallecimiento de los cotitulares indistintos, al tiempo que indicaban no cuestionar la propiedad de los saldos, por ser esta una cuestión privada entre particulares.

Este Departamento recuerda, en estos supuestos, que las entidades no están 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, ni mucho menos bloquear la cuenta, salvo que el contrato así lo prevea expresamente. Por ello, el DCE entiende, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, que la entidad debe atender la solicitud de entrega de fondos formulada por los herederos del titular indistinto fallecido; ello con independencia de indicar que, en caso de existir discrepancias en un futuro entre los herederos de uno y otro cotitular por la disposición de fondos habida, esta cuestión, de naturaleza jurídico-privada, a la que es ajena la entidad, debería ser planteada, de estimarlo oportuno los interesados, ante los tribunales de justicia, únicos con competencias para fijar a quién corresponde la propiedad de los fondos.

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 de los titulares sobrevivientes 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.

Por lo que respecta a la cancelación de una cuenta cuando han fallecido todos sus titulares, a solicitud de los herederos de un titular, una vez resuelta su testamentaría, a falta de previsión contractual en este sentido, el DCE entiende que habrá de estarse a la regla general, esto es, se requeriría el consentimiento de todos los herederos de los cotitulares fallecidos; esto con independencia de que los herederos del titular fallecido que hubieran resuelto su testamentaría y hubieran cumplido sus obligaciones fiscales pudieran solicitar la baja de su causante como titular de la cuenta, siempre y cuando, claro está, en ella no existieran obligaciones de pago pendientes de atender con cargo a la cuenta o a cuyo cargo pudieran ser compensadas, debiendo comunicar la entidad dicha baja a los herederos del otro cotitular fallecido y no pudiendo requerir la autorización de estos para llevar a cabo la referida baja.

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 su cancelación.

Sobre esta problemática, el DCE 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 la

cuenta permanezca vigente —aunque esta presente saldo cero— y, por tanto, no haya sido cancelada, con independencia del fallecimiento de su titular; esto, 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.

Baja de la cuenta de cotitular fallecido

Por otra parte, y en relación con la baja en una cuenta de un titular fallecido, el DCE ha señalado que, para proceder a ella, resulta necesario que se lleve a cabo la tramitación de la testamentaría de aquel, justificándose la liquidación o exención del impuesto correspondiente, así como que dicha actuación esté refrendada por todos sus herederos.

11.2.2 Depósitos a plazo

Si se tiene 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 a 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 Departamento, entre las que cabe destacar las siguientes:

— Disposición del depósito a plazo —con posterioridad al fallecimiento— por un cotitular indistinto: en estos casos, el DCE 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, puede 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 DCE ha manifestado que, salvo 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.

11.2.3 Préstamos hipotecarios y otras deudas

En ocasiones se plantean reclamaciones ante este Departamento 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, tras la aceptación, se constituye como comunidad de bienes hasta que se acuerde la partición y la adjudicación de los bienes y deudas de la herencia, subsistiendo la deuda en los términos en que estuviera pactada hasta que se produzca su total amortización.

Con respecto a 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 Departamento 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 del 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 adquieren la deuda, debido a que la entidad acepta que solo una parte de los herederos, y no la totalidad, se subroguen en la deuda.

11.2.4 Cajas de seguridad

En ocasiones también se plantean reclamaciones que afectan a cajas de seguridad cuyo titular —o uno de los titulares— ha fallecido.

En estos casos, el DCE comienza por indicar que la normativa de transparencia y de protección de la clientela no contiene previsiones específicas sobre este tipo de contrato.

Además, desde el punto de vista normativo, es importante dejar claro que el contrato controvertido no está regulado en la normativa mercantil y que su naturaleza jurídica ha sido definida por el Tribunal Supremo como la de un contrato atípico y mixto —entre el depósito y el arrendamiento—[161].

Dicho lo anterior, y habiendo avanzado que la normativa de transparencia no estipula derechos específicos sobre este contrato, en los casos en los que los herederos reclaman información sobre las visitas a la caja de seguridad, el DCE ha resuelto que el libro de registro de visitas no es sino una medida de seguridad que la entidad adopta para asegurar el disfrute de la caja en condiciones de seguridad, no pudiendo

161 Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 96/2018, de 26 de febrero, en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, se remite a su sentencia 985/2008, según la cual: «La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la de depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. Es claro que la situación más análoga a la descrita es la determinada por la existencia de un depósito cerrado y sellado, contemplada en el artículo 1769 del Código Civil. El contrato litigioso, en suma, tiene una causa mixta.»

equiparar el derecho de acceso a los movimientos de las cuentas de los herederos de un titular fallecido con el registro de visitas de una caja de seguridad.

Por otro lado, en los supuestos en los que un reclamante plantea que la entidad ha procedido a la apertura de la caja de seguridad sin estar presentes todos los herederos, este Departamento ha manifestado que, en cuanto a los intervinientes necesarios en la primera apertura de la caja tras el fallecimiento del titular, esta no es una cuestión pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia. Así, parte de la doctrina defiende que la primera apertura de la caja ha de practicarse con la presencia de todos aquellos que tuvieran algún derecho frente al contenido de la caja, concretando estos en los herederos del causante o el albacea, así como el resto de los titulares si los hubiera. Otro sector doctrinal añade a los anteriores alguna persona de confianza, entre las que se enumeran notarios, funcionarios de Hacienda o directores de la sucursal bancaria; sin embargo, desde el punto de vista de los tribunales, encontramos sentencias que no contemplan este requisito[162].

Ahora bien, los mismos autores que sostienen la necesidad de la presencia de todos los herederos o albaceas —así como de los cotitulares, en caso de existir— indican que la responsabilidad de la entidad también podría quedar salvada con la intervención de notario en el acto de apertura.

Llegados a este punto, este Departamento entiende que una actuación diligente pasa por informar a todos los herederos de la fecha y la hora en las que se va a proceder a la apertura de la caja. Y, solo en el caso de inasistencia de un heredero, las garantías del acto de apertura podrían salvaguardarse con la intervención de notario, y previa puesta en conocimiento del heredero esta circunstancia, ello a fin de evitar la paralización de la apertura, hecho que tampoco se entendería razonable, debido a las implicaciones que ello conlleva sobre la formación del inventario.

162 Sentencia n.º 551/2009 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 2009 —que fue ratificada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 38/2013, de 15 de febrero de 2013—: «La tenencia de la llave implica una autorización para su apertura; pero, con todo, aun discutiendo cómo llegó la llave a poder de la demandada o su origen, es indiscutible que el Banco cumple el contrato permitiendo el acceso a la caja de seguridad a quien posee la llave y documentando dicho acceso.»