

3

CRITERIOS DE RESOLUCIÓN

1 Depósitos o cuentas bancarias. Introducción y aspectos comunes	130
1.1 Identificación y tipología de los potenciales titulares. Clientela vulnerable. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación	130
1.1.1 Cuentas de personas con discapacidad	131
1.1.2 Cuentas de menores de edad	133
1.1.3 Cuentas de personas jurídicas	134
1.1.4 Cuentas de comunidades. Especial referencia a las comunidades de propietarios	135
Comunidades de bienes	135
Comunidades de propietarios	135
1.1.5 Cuentas de no residentes	137
1.1.6 Cuentas plurales o con varios titulares. Régimen de disposición	138
Cuentas conjuntas (o mancomunadas)	138
Cuentas indistintas (o solidarias)	138
Modificación del régimen de disposición	139
Descubierto en cuentas indistintas	139
1.1.7 Autorizados en cuenta	140
1.2 Publicidad de los depósitos	142
1.3 Obligaciones de identificación y medidas restrictivas según la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo	143
1.4 Información al público sobre comisiones, intereses y tipos de cambio	149
1.4.1 Comisiones e intereses: información pública y sitio web de comparación	149
1.5 Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos	149
1.5.1 Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados	150
1.5.2 Resumen anual de comisiones e intereses y estado de comisiones	150
1.6 Embargos de saldos depositados en las entidades	150
1.6.1 Embargos por deudas con las Administraciones	152
1.6.2 Embargos por deudas con la Seguridad Social	153
1.6.3 Embargos judiciales	153
2 Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas	154
2.1 Cuestiones generales	154
2.2 Cuentas de pago básicas	154
2.3 Apertura de cuentas de pago. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia	159
2.3.1 Explicaciones adecuadas	159
2.3.2 Información precontractual	160
Documento informativo de las comisiones. Información pública en sitios web de comparación	161
Servicios vinculados a la cuenta	162
2.3.3 Formalización del contrato	162
Cuentas en divisas	163

	Integridad del contrato y oscuridad de las cláusulas contractuales	163
	Entrega del documento contractual y conservación de documentos	163
2.4	Disposición de fondos	164
2.4.1	Disposiciones en efectivo	165
	Reintegros en oficina diferente a la de apertura y modo de disponer	165
	Restricción del importe de reintegros de efectivo y alternativas sin coste	166
2.4.2	Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores	166
2.4.3	Adeudos sin orden firmada del cliente	167
2.4.4	Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros)	168
2.4.5	Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono	169
2.4.6	Bloqueo de cuentas	170
	Falta de entrega de la documentación identificativa requerida	170
	Revocación del NIF a pyme	171
	Concurrencia de discrepancias entre cotitulares	171
2.4.7	Compensación de cuentas	172
2.5	Modificaciones contractuales	173
2.5.1	Formalidades y plazos	173
2.5.2	Modificaciones contractuales comunicadas a través de buzones virtuales	174
2.5.3	Cambio de titulares	176
2.6	Liquidación de la cuenta	176
2.6.1	Comisiones y gastos. Comparabilidad y terminología normalizada	176
	Comisión de mantenimiento de la cuenta. Fija o porcentual	177
	Comisión de administración	178
	Comisiones de mantenimiento y de administración en cuentas vinculadas	179
	Comisión por retirada de efectivo en ventanilla	180
	Comisión por ingresos en efectivo	180
	Comisión de manipulación (cuenta en divisas)	181
	Comisión por transferencia y por orden permanente	182
	Gastos por reclamación de posiciones deudoras	182
	Gastos de correo	186
2.6.2	Intereses. Valoración	187
2.6.3	Descubierto en cuenta, expreso o tácito	187
	Liquidación de intereses y comisión por descubierto. Límites y criterios	188
	Comisión por descubierto, expreso o tácito	189
2.6.4	Obligaciones de información a los clientes	190
	Información previa a la ejecución de operaciones en la cuenta	190
	Información posterior y extractos mensuales	190
	Estado de comisiones	191

Cuentas inactivas	191
Saldos en presunción de abandono	192
2.7 Cancelación de cuentas de pago	193
2.7.1 A iniciativa de la entidad bancaria	193
2.7.2 A iniciativa del cliente	194
2.7.3 Traslado de cuentas de pago	195
2.8 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción	197
3 Depósitos a plazo con garantía del principal	205
3.1 Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos	206
3.1.1 Explicaciones adecuadas	206
3.1.2 Información precontractual	206
3.1.3 Formalización del contrato. Contenido	208
3.2 Liquidación del depósito. Tipo de interés	208
3.3 Documentos de liquidación	209
3.4 Renovación y modificación del tipo de interés	209
3.5 Cancelación anticipada	210
3.6 Vencimiento del depósito	211
4 Servicios de pago	212
4.1 Introducción, régimen aplicable y aspectos comunes	212
Sistemas de pago	217
4.1.1 Condiciones contractuales	218
Transparencia, integridad	218
Oscuridad de las cláusulas	218
4.1.2 Información y documentación contractual	219
Operaciones de pago singulares	219
Operaciones amparadas en un contrato marco	219
Conservación de documentos	220
4.1.3 Aplicación de comisiones y gastos	220
4.1.4 Tipos de cambio	221
4.1.5 Modificación de las condiciones del contrato marco	222
4.1.6 Resolución del contrato	223
4.1.7 Régimen de las operaciones de pago no autorizadas	223
Distinción con operaciones autorizadas	224
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	225
Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago	225
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	230

4.2	Tarjetas	231
4.2.1	Gastos y comisiones	231
	Emisión, renovación y mantenimiento	231
	Límites de disposición de capital y de utilización de la tarjeta	231
	Comisión por exceso sobre el límite de crédito	233
	Comisión por cancelación anticipada	235
4.2.2	Actuación unilateral de la entidad	235
	Emisión de tarjetas sin solicitud previa	235
	Envío por medios que no aseguran su recepción	236
	Bloqueo unilateral de tarjeta	236
	Incremento unilateral del coste del crédito documentado en tarjetas	236
4.2.3	Formas de pago de la deuda de la tarjeta	239
	Tarjetas <i>revolving</i> . Lenta amortización de la deuda	240
	Trasposos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito	243
4.2.4	Terminales de punto de venta (o datáfonos)	244
	Comercio electrónico seguro	245
4.2.5	Responsabilidad del proveedor por pagos con tarjeta no autorizados	245
	Autenticación reforzada	245
	Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído	247
4.2.6	Programas de fidelización en tarjetas y tarjetas de pago en circuito cerrado	248
4.2.7	Dinero electrónico	248
4.3	Transferencias	249
4.3.1	Identificador único	250
4.3.2	Irrevocabilidad de las transferencias	251
4.3.3	Comisiones y gastos de las operaciones de pago	252
4.3.4	Recepción de órdenes de pago	253
4.3.5	Fecha de abono	254
4.3.6	Pagos inmediatos	254
4.3.7	Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. Régimen de responsabilidad	256
4.4	Adeudos domiciliados	257
4.4.1	Consideraciones generales	257
4.4.2	Tipología de adeudos domiciliados	258
4.4.3	La orden de domiciliación o mandato	259
4.4.4	El adeudo domiciliado B2B	259
4.4.5	El adeudo domiciliado básico SEPA	260
4.4.6	Procesos excepcionales de cancelaciones, rechazos y devoluciones	261
4.4.7	Devolución de recibos	261
4.4.8	Revocación de la orden de adeudo domiciliado	264

- 4.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja 264
 - 4.5.1 Consideraciones generales 264
 - 4.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago 265
 - 4.5.3 Discrepancia en el importe de las entregas en efectivo en oficina 265
 - 4.5.4 Billetes y monedas 266
 - Billetes falsos 266
 - Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda) 266
 - 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 269
 - Establecimiento de limitaciones 269
 - Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático 271
 - 4.5.5 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero 272

5 Cheques 272

- 5.1 El cheque como título valor 272
- 5.2 Pago de cheque por ventanilla 273
- 5.3 Identificación del tenedor 273
- 5.4 Revocación 275
- 5.5 Endoso 276
- 5.6 Ingreso en cuenta 277
- 5.7 Compensación 278
- 5.8 Comisiones 280
 - 5.8.1 Comisión por emisión de cheques bancarios 280
 - Comisión por negociación y compensación, y por devolución 281
 - 5.8.2 Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta 282
- 5.9 Fecha de valor y disponibilidad de fondos 282
- 5.10 Gestiones de cobro 283
- 5.11 Cheque falsificado 284
- 5.12 Cheques librados sobre cuentas en el extranjero 285

6 Préstamos personales 286

- 6.1 Préstamo para consumo 286
 - 6.1.1 Información precontractual y prácticas previas a la contratación 288
 - 6.1.2 Solvencia del deudor 289
 - 6.1.3 Contratación 290
 - 6.1.4 Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias 291
 - 6.1.5 Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación 292
 - Intereses ordinarios 293
 - Intereses de demora 293
 - Comisiones y gastos 294
 - 6.1.6 Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios 294

- 6.2 Préstamos a pymes 295
 - 6.2.1 Líneas ICO. Especial referencia a las líneas ICO-COVID 296

7 Préstamos hipotecarios 297

- 7.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable 297
- 7.2 Claridad y transparencia con el cliente 305
- 7.3 Información previa a la contratación 307
 - Información sobre comisión por emisión de cheques bancarios 311
- 7.4 Comprobación notarial del cumplimiento del requisito de transparencia material 312
- 7.5 Requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal al servicio del prestamista 314
 - Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 314
- 7.6 Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual 315
- 7.7 Inscripción por los prestamistas de los contratos con condiciones generales de la contratación 316
- 7.8 Información sobre la provisión de fondos, tramitación administrativa y gastos de formalización de la hipoteca 317
 - 7.8.1 Información sobre provisión de fondos 317
 - 7.8.2 Régimen de gastos de formalización de la Ley 5/2019 317
 - 7.8.3 Evolución jurisprudencial sobre la cláusula de imposición al consumidor de los gastos de formalización (régimen anterior a la Ley 5/2019) 318
- 7.9 Tasación del inmueble 319
- 7.10 Hipotecas especiales (créditos o hipotecas de máximo, multidivisa, subvencionadas y de convenio) 321
 - a) Créditos hipotecarios o «hipotecas de máximo» 321
 - b) Hipotecas multidivisa 322
 - c) Hipotecas subvencionadas 325
 - d) Hipotecas de convenio 325
- 7.11 Intereses 325
 - 7.11.1 Intereses ordinarios o remuneratorios 325
 - 7.11.2 Primera liquidación de intereses 329
 - 7.11.3 Cálculo de las cuotas 329
 - 7.11.4 Reliquidación 336
 - 7.11.5 Intereses bonificados 337
 - 7.11.6 Cláusulas suelo 337
 - 7.11.7 Intereses de demora 338
 - 7.11.8 Falta de comunicación de revisión del tipo de interés 339
 - 7.11.9 Tasa anual equivalente. Especialidades de la Ley 5/2019 340
- 7.12 Comisiones 342
 - 7.12.1 Comisión de apertura 342
 - 7.12.2 Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo 342
 - 7.12.3 Comisión por emisión de certificado de cancelación económica de la deuda. Cancelación registral de la hipoteca 343

7.12.4	Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada (reembolso total o parcial) o cancelación	344
	Concepto	345
	Regímenes aplicables a las amortizaciones anticipadas: comisiones y compensaciones	345
	Régimen de compensaciones de la Ley 5/2019	345
	Anteriores regímenes de compensaciones y de comisiones máximas	349
7.12.5	Comisión por subrogación de deudor	351
7.13	Subrogación por cambio de deudor	351
7.13.1	Información que se ha de facilitar	352
7.14	Subrogación de entidad acreedora	354
7.14.1	Discrepancias en las condiciones de subrogación por parte de la nueva entidad acreedora	355
7.14.2	Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación	355
7.14.3	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	356
7.14.4	Demoras en la entrega de la oferta vinculante o del certificado de deuda	356
7.15	Productos vinculados y combinados	357
7.16	Cesión y titulación de préstamos hipotecarios	360
7.17	Reembolso anticipado, total o parcial. Destino	363
7.17.1	Introducción	363
7.17.2	Reducción del plazo	364
7.17.3	Reducción del importe de las cuotas periódicas	365
	Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo	365
7.17.4	Prolongación del período de carencia o, en su caso, generación de uno nuevo	365
7.18	Otros aspectos	365
7.18.1	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	365
7.18.2	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	367
7.18.3	Errores en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados	368
7.18.4	Errores en escrituras públicas	368
7.18.5	Cláusulas de vencimiento anticipado	369
7.18.6	Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria	371
7.18.7	Incidencias en la cancelación registral de hipotecas	372
7.18.8	Incidencias en la cancelación económica de hipotecas	373
7.18.9	Discrepancias en cargos y abonos	373
7.18.10	Modificación improcedente de condiciones pactadas en contratos vinculados a la concesión de la hipoteca	374
7.18.11	Liberación de fincas hipotecadas	374
7.19	Actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario	375

8 Deudores hipotecarios en dificultades 376

- 8.1 Introducción 376
 - 8.1.1 Evolución normativa 378
 - 8.1.2 Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas 379
 - 8.1.3 Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual 382
 - Medidas 382
- 8.2 Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas 383
 - 8.2.1 Ámbito subjetivo 384
 - Umbral de exclusión 384
 - La unidad familiar 390
 - Deudores hipotecarios en distinta unidad familiar 391
 - Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores 393
 - 8.2.2 Ámbito objetivo 394
 - La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad 396
- 8.3 Tramitación 397
 - 8.3.1 Publicidad 397
 - 8.3.2 Solicitud del cliente y respuesta de la entidad 398
 - 8.3.3 Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas 399
 - Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias 399
 - Medidas complementarias: la quita 406
 - Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual 407
 - Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual 409
 - Otras ventajas 411
 - La limitación de los intereses moratorios 411
 - Ventajas fiscales y notariales 412
 - 8.3.4 Solicitud de aplicación por segunda vez de las medidas del Código de Buenas Prácticas 414
- 8.4 Responsabilidad del deudor, tipos infractores y actuación supervisora 415
 - 8.4.1 Responsabilidad del deudor y tipos infractores 415
 - 8.4.2 Actuación supervisora del Departamento de Conducta de Entidades 417
- 8.5 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas 420
- 8.6 Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad 421
 - 8.6.1 Requisitos para la aplicación 422
 - Ámbito objetivo 422
 - Ámbito subjetivo 423
 - Medidas 424
 - Tramitación 425

9 Avales y garantías 425

- 9.1 Introducción 425
- 9.2 Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología 426
- 9.3 Problemática habitual y criterios generales para su análisis 428
- 9.4 Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas 431

10 Expedientes de testamentaría 433

- 10.1 Procesos sucesorios 433
 - 10.1.1 Deber de diligencia 436
 - 10.1.2 Derecho de información sobre las posiciones del causante 436
 - Legitimidad para solicitar información 436
 - Acreditación de la condición de heredero 439
 - Alcance del derecho a la información del heredero 442
 - Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas 442
 - Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio 444
 - Entrega de contratos a herederos 444
 - 10.1.3 Comisiones por la entrega de información a herederos 445
 - Certificado de posiciones 445
 - Movimientos posteriores al fallecimiento 445
 - Movimientos anteriores al fallecimiento 445
 - 10.1.4 Solicitud del certificado de posiciones vinculado a la tramitación de la testamentaría 446
 - 10.1.5 Aceptación de la herencia 447
 - 10.1.6 Partición y adjudicación de bienes 448
 - Modalidades de partición de herencia 448
 - Contenido del documento particional 451
 - Revocación del documento particional 453
 - 10.1.7 Impuesto sobre sucesiones 454
 - 10.1.8 Formas de disposición de los fondos 456
 - 10.1.9 Comisión por tramitación de testamentaría 458
 - 10.1.10 Derechos de los legatarios y usufructuarios 461
 - Legatario 462
 - Usufructuario 463
 - Usufructo de dinero o cuasiusufructo 463
 - Cautela sociniana o cláusula socini 465
- 10.2 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento de un cliente bancario 466
 - 10.2.1 Cuentas corrientes 466
 - Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente 466
 - Disposiciones de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular 468
 - Cuentas con un único titular 468

	Cuentas con varios titulares	469
	Régimen de disposición indistinto o solidario	469
	Régimen de disposición conjunto o mancomunado	472
	Cuentas con varios titulares fallecidos	472
	Cancelación de la cuenta	473
	Comisión de mantenimiento de la cuenta desde el fallecimiento hasta la cancelación	474
	Baja de la cuenta de cotitular fallecido	474
10.2.2	Depósitos a plazo	475
10.2.3	Préstamos hipotecarios y otras deudas	475
10.2.4	Avales	476
10.2.5	Cajas de seguridad	478

CAPÍTULO 3. TEMÁTICAS DESTACADAS DE 2022



MODIFICACIÓN AL ALZA DEL INTERÉS DE TARJETA *REVOLVING*

Se refuerza la transparencia de este tipo de modificaciones



PAGOS INMEDIATOS CON BIZUM

Información de interés para usuarios de Bizum para mejorar la seguridad y prevenir el fraude



OPERACIONES VINCULADAS A LOS PAGOS

Criterios que refuerzan la normativa de servicios de pago para aumentar la seguridad



ROBO O EXTRAVÍO DE CHEQUES BANCARIOS

Actualización de los criterios sobre el procedimiento que se ha de seguir en estas situaciones



CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA DEUDORES HIPOTECARIOS

El nuevo CBP tiene como finalidad aliviar las dificultades por la subida de los tipos de interés



DESCUBIERTOS TÁCITOS Y GASTOS POR IMPAGO

Mejoramos la transparencia y las prácticas bancarias cuando la clientela incurre en descubiertos e impagos



GASTOS DE REGISTRO

Problemática que afecta a determinados deudores hipotecarios en caso de absorción de la entidad prestamista



GUARDADORES DE HECHO

Problemática derivada de la Ley 8/2021. Creación de un grupo de trabajo

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. Clientela vulnerable. 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.

Durante 2022 y la primera parte de 2023 se han aprobado una serie de normas, de naturaleza transversal, pero con determinados mandatos específicos para los servicios financieros, dirigidas a proteger a todo aquel cliente que pueda ser considerado persona vulnerable:

- La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, prevé en su disposición adicional tercera que el Gobierno promueva —en colaboración con el Banco de España y con representantes del sector de entidades de crédito— un plan de medidas para favorecer la inclusión financiera de las personas más vulnerables, especialmente las de mayor edad.

Entre otras medidas, se mencionan:

- que el cierre de oficinas no lleve aparejado el cierre de cajeros automáticos externos;
- incrementar el personal de apoyo a personas con menor capacidad digital;
- promover la reserva de cajeros para uso exclusivo de personas vulnerables;

- desarrollar tecnologías de acceso a la banca sencillas, comprensibles y que protejan al usuario de robos, engaños y estafas *online*;
- establecer medidas para la atención presencial a personas de mayor edad y colectivos para los que el acceso a través de nuevas tecnologías constituya motivo de exclusión financiera, así como para acercar y hacer accesibles los servicios financieros, especialmente en el medio rural y en personas con discapacidad y mayores;
- finalmente, el Gobierno debe impulsar la instalación de cajeros automáticos en pequeños núcleos de población o la firma de acuerdos de colaboración para realizar operaciones de ingreso y retirada de efectivo.
- Por su parte, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo 2 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, con independencia de su nacionalidad, de su condición de menor o mayor de edad, o de si disfruta o no de residencia legal. Se permiten diferencias de trato con criterios de diferenciación razonables y objetivos que persigan un propósito legítimo, o si lo autoriza una norma con rango de ley, o disposiciones normativas o decisiones generales dirigidas a proteger a personas o grupos necesitados de acciones específicas.
- Aprobado ya en 2023, pero de interés para completar el marco legislativo más reciente del tema que aquí se refiere, procede aludir al contenido del Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público. En concreto, su artículo 18 se refiere a los servicios bancarios y establece el deber del personal de atención al público de entidades financieras de prestar orientación y apoyo a clientes con discapacidad, a requerimiento de estos, en la realización de gestiones tales como las siguientes: cumplimentación de formularios, lectura de documentos, comprensibilidad de contenidos, acompañamiento en sedes y oficinas e interposición de reclamaciones. También ordena que los cajeros automáticos, las terminales de servicio y la atención telefónica o electrónica sean accesibles para personas con discapacidad.

Las entidades bancarias, al igual que cualquier otro proveedor de servicios, deben observar el contenido de estas normas en desarrollo de sus actividades, por lo que la falta de explicación de un eventual incumplimiento de estas, siempre que sea convenientemente acreditado en un expediente de reclamación, podría considerarse contrario a las buenas prácticas bancarias.

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 representación¹.

En ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el Departamento de Conducta de Entidades (DCE) del Banco de España 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 plena capacidad de obrar salvo que, mediante escritura pública o sentencia judicial, se establezcan apoyos a esta capacidad que, de algún modo, hagan necesaria la asistencia o representación de un guardador o curador, 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 necesitara de apoyos para actuar.

La Ley 8/2021, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021, supuso una reforma profunda de la legislación civil y procesal española en materia de discapacidad, resultante de la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, ratificada por España en 2008.

Esta convención determina que los Estados parte deben adoptar medidas para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo preciso para garantizar su plena igualdad en el ejercicio de su propia capacidad jurídica. La principal novedad de esta nueva regulación es la desaparición de la declaración judicial de incapacidad, optando, en su lugar, por un sistema basado en la autonomía de la persona con discapacidad, de modo que el procedimiento judicial ahora se dirige a prestar medidas de apoyo a las personas con discapacidad y, solo cuando el apoyo resulte insuficiente, el juez podrá decidir sobre la representación de esta persona en la toma de decisiones, para actos concretos.

¹ Desde el 3 de septiembre de 2021 está vigente la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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.

En particular, las novedades introducidas en el Código Civil constituyen un reto para la sociedad en general y, desde luego, para las entidades financieras, principalmente a causa de las nuevas figuras que introduce y por el régimen transitorio de las existentes. Por ejemplo, en los casos en que se haga valer el apoyo prestado a la persona con discapacidad de un guardador de hecho —figura reforzada de manera especial en la nueva regulación, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo—, las entidades deben tener en cuenta que este deberá poder realizar operaciones bancarias —en tanto sean «actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica»—; las entidades también deben conocer que las declaraciones judiciales de incapacidad existentes a la entrada en vigor de la ley se mantienen con carácter transitorio hasta que sean revisadas por los tribunales.

Para facilitar y acompañar a las entidades financieras en el proceso de implantación de estas nuevas medidas de apoyo y en su devenir, minimizando los potenciales conflictos que pudieran surgir entre las entidades y su clientela, la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC), junto con la Fiscalía General del Estado (FGE), con el acompañamiento, a modo de observador, del Banco de España, han alcanzado un acuerdo sobre la materia.

En su virtud, la FGE y las patronales mencionadas firmaron, el pasado 19 de julio de 2023, con el Banco de España en su papel de observador un protocolo de colaboración para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad en relación con los servicios y productos bancarios. Así, se crea un grupo de trabajo con el fin de analizar, valorar y poner en común las mejores prácticas en el ámbito bancario en relación con el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Fruto de este acuerdo, se han elaborado y puesto a disposición del público los siguientes documentos:

- a) «[Protocolo](#) marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario».
- b) «[Documento](#) interpretativo al protocolo marco entre la FGE y asociaciones bancarias. La guarda de hecho en la Ley 8/21».
- c) «[Protocolo](#) general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad».

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 emancipados² son sus padres o progenitores, pues ostentan la patria potestad³.

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 su 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.

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

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.

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

Comunidades de bienes

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.

La apertura, disposición y administración de la cuenta de la comunidad de bienes la 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.

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 relacionadas con productos cuya titularidad corresponde a comunidades de propietarios (fundamentalmente, cuentas corrientes). 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 a 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.

En las distintas reclamaciones presentadas en relación con estos aspectos, 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.

En caso de no ser posible la celebración de juntas por circunstancias extraordinarias o excepcionales, como ocurrió en la pandemia, el criterio conjunto del Banco de España y del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Sepblac) aconseja que, en lugar de considerar decaídos los nombramientos de los órganos de gobierno por el transcurso de un año (art. 13.7 de la LPH)⁴, los cargos se entiendan tácitamente prorrogados⁵. 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 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

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 «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.

advertido con antelación suficiente de que, si no remitía la declaración de residencia fiscal firmada, se procedería a dicho bloqueo.

1.1.6 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.

Tanto para la apertura de la cuenta como para su cancelación, con independencia del régimen de disposición estipulado, ha de concurrir el consentimiento de todos los titulares, salvo que en el contrato se pacte otra cosa.

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.

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 constatará 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.

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, de la financiación, lo que ha sido considerado por el DCE, en esos supuestos, alejado de las buenas prácticas bancarias.

1.1.7 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 por escrito del titular de la cuenta, siendo uso y práctica bancaria que, al igual que se recogen las firmas de los titulares, también se recojan las 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, entre otros motivos, 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.

Por otro lado, 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.

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.

1.2 Publicidad de los depósitos

Desde que entró en vigor la Orden 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.

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 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 y medidas restrictivas 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 —esencialmente, la Ley 10/2010 y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo— impone a los sujetos obligados a esta normativa, entre los que se encuentran las entidades financieras, la identificación de las personas físicas o jurídicas con las que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones.

En particular, la Ley 10/2010 y el RD 304/2014 establecen determinadas obligaciones que las entidades financieras, en su condición de sujetos obligados, deben cumplir. Así:

- No podrán mantener relaciones de negocio o realizar operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas (art. 3.1 de la Ley 10/2010). En este sentido, el RD 304/2014 establece qué documentos se considerarán fehacientes, para personas tanto físicas como jurídicas, a efectos de la identificación

formal requerida. Asimismo, se establece la obligación a cargo de las entidades de conservar los documentos relativos a la identificación.

- Aplicarán las medidas de diligencia debida previstas en la Ley 10/2010 no solo a los nuevos clientes, sino también a los clientes existentes. Ahora bien, en caso de que dichas medidas de diligencia debida no puedan ser aplicadas, no se establecerán relaciones de negocio ni se ejecutarán operaciones; o bien se pondrá fin a la relación existente cuando en el curso de la relación de negocios resulte imposible la aplicación de las citadas medidas (art. 7.3 de la Ley 10/2010).
- 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 Ley 10/2010).
- 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 RD 304/2014).

Las medidas de diligencia debida que la Ley 10/2010 exige a los sujetos obligados son muy diversas. Entre otras, destacan:

- La exigencia de obtener información sobre el propósito y la índole prevista de la relación de negocios (art. 5 de la Ley 10/2010). 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.
- El deber de aplicar medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación, a fin de garantizar que coinciden con la actividad profesional o empresarial 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 (art. 6 de la Ley 10/2010).

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 propia ley llama «examen especial».

La obligación que tienen las entidades financieras (al igual que los demás sujetos obligados) 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, en la *Memoria de Reclamaciones 2020* se publicaron 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 3.1—, relativos principalmente a la aplicación 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.

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. La adopción de tales medidas restrictivas produce serios perjuicios a los clientes objeto de ellas.

En el recuadro 3.1 se recogen los criterios comunes de buenas prácticas Banco de España-Sepblac sobre la aplicación de la normativa de prevención de blanqueo al adoptar bloqueos o cancelar relaciones con la clientela.

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.

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 clientela⁶.

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

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 concurrían 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 concurrían 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.
- No se considera proporcionado, en el caso de personas físicas, adoptar este tipo de medidas

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.)

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 titular¹, 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 RD-Ley 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 RD-Ley 19/2017², 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 RD-Ley 19/2017 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.»

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.

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.
 - 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.

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). 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.

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

1.4.1 Comisiones e intereses: información pública y sitio web de comparación

La normativa de transparencia⁷ 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 intereses⁸.

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.

No obstante, respecto a la información pública relativa a las comisiones, intereses y gastos de servicios asociados a cuentas de pago, tal y como veremos más adelante, está previsto un régimen específico.

A propósito de la información pública, una 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 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.

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 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, anejos 1 y 2.

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 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.

Este documento de resumen anual 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.

En todo caso, en el resumen anual no se incluirán las comisiones y los tipos de interés por servicios asociados a las cuentas de pagos. Estos se incluirán en un documento separado denominado «Estado de comisiones».

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, no estando legitimadas ni para conocer más datos de las liquidaciones —aparte del número de diligencia y del de las cuentas que han de embargar— ni para impugnarlas. No podrán 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).

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 1/2000 —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 1/2000, de forma que aquellos solo podrían embargarse con los límites que establece esta norma y en la parte que exceda del salario mínimo interprofesional. 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 sobre la naturaleza de esos ingresos recae sobre el deudor. Podría exigirse a las entidades bancarias que, si sus clientes les señalan y acreditan la concurrencia de alguna de las citadas 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).

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.

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 RD 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.

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 establecen el deber de las entidades depositarias de colaborar en el embargo y regulan el procedimiento que se debe seguir en caso de embargo de forma muy similar a la normativa tributaria.

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 RD 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 Ley 1/2000).

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 embargo⁹. Después, en cuanto el juzgado se lo ordene, deberá transferir, sin dilación alguna, la cantidad 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

⁹ Y ello, fundamentalmente, por el mandato contenido en el artículo 591 de la Ley 1/2000, en relación con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a embargar (arts. 588 de la Ley 1/2000 y 254 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

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.

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 RD-Ley 19/2018 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 RD-Ley 19/2018 como la Orden 1263/2019 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 citado RD-Ley, título referido a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco o de la Orden 1263/2019.

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 depósito de fondos, 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 RD-Ley 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 de ofrecer este tipo de cuentas a los potenciales clientes incluidos en su ámbito de aplicación¹⁰, sin que pueda supeditarse su acceso a la adquisición de otros servicios. Esta obligación va dirigida a todas las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago.

Su apertura solo puede ser denegada 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 RD-Ley 19/2017 fue desarrollado por la Orden 228/2019, que entró en vigor el 25 de marzo de 2019. En este mismo contexto fue publicada la Circular 2/2019, 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 RD-Ley 19/2017. 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 su sitio web.

En beneficio de aquellas personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, el RD 164/2019 introduce un régimen gratuito de cuentas de pago básicas, de manera que no se podrá exigir comisión alguna en los casos en que todos los titulares y autorizados de una cuenta de esta tipología se hallen 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.

A propósito del carácter gratuito de las cuentas de pago básicas en el caso de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, se recibió una reclamación —R-202202806— frente a una entidad de crédito por la aplicación de comisiones en una cuenta de pago cuando previamente la entidad había ofrecido al reclamante en razón de sus escasos ingresos una cuenta de pago básica y la posibilidad de acogerse al régimen de gratuidad establecido en el RD 164/2019.

¹⁰ 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.

La entidad justificaba su actuación argumentando que, por su parte, había facilitado información al reclamante acerca del régimen gratuito de la cuenta de pago básica y de la necesidad de acreditar dicha condición, si bien el reclamante no acreditó a la entidad la condición de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión financiera.

Sin embargo, por parte de este Departamento fue emitido un pronunciamiento contrario a la entidad de crédito, al comprobar que la información facilitada al cliente acerca de la gratuidad de la cuenta de pago básica ciertamente recogía una descripción detallada relativa al reconocimiento de la vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera, pero adolecía de un error u omisión evidente, ya que solo especificaba la necesidad de que todos los titulares de la cuenta de pago básica se encuentren en la situación especial de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera, sin mencionar que los requisitos de especial vulnerabilidad deben concurrir tanto en los titulares como en los autorizados de la cuenta.

Asimismo, se recuerda que no basta con presentar la situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera, sino que el cliente ha de pedir a la entidad el reconocimiento del derecho a la gratuidad en la cuenta de pago básica y acreditar, mediante la presentación de determinados documentos, que concurren los requisitos exigidos en el RD 164/2019.

Al respecto de lo anterior, véase el recuadro 3.2, sobre la regulación de las cuentas de pago básicas.

En síntesis, las temáticas recurrentes en las reclamaciones analizadas en relación con este producto se refieren a:

- La denegación de la apertura de cuentas de pago por nuevos clientes.

En estas reclamaciones, si el solicitante acredita encontrarse dentro del ámbito subjetivo de aplicación del RD-Ley 19/2017, la entidad no podrá denegar el acceso a la cuenta de pago básica. En este sentido, se recuerda lo dispuesto en el artículo 4 del citado RD-Ley, con respecto a los motivos de denegación de acceso a una cuenta de pago básica, y en el artículo 8 de la Orden 228/2019, con respecto a la obligación de facilitar al cliente o potencial cliente información y asistencia sobre este producto bancario.

- La aplicación de las condiciones de resolución de los contratos de cuentas de pago básicas a los clientes de este tipo de producto.

En estas reclamaciones, el DCE recuerda la necesidad de ceñirse a las condiciones de resolución reflejadas en el artículo 6 del RD-Ley 19/2017.

Véase el recuadro 3.3, donde se describen las acciones de índole diversa llevadas a cabo por el Banco de España en relación con la cuenta de pago básica.

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 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 RD-Ley 19/2017 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.

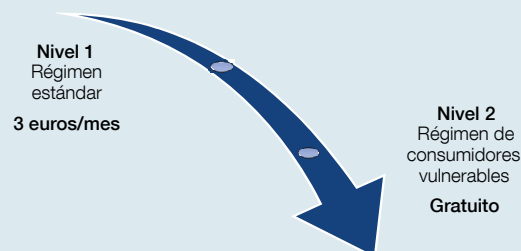
Las entidades de crédito podrán denegar el acceso a las cuentas de pago básicas por tres motivos:

- 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 228/2019 establece una comisión máxima mensual de tres euros por el uso

Esquema 1
ESQUEMA DE COMISIONES APLICABLES



FUENTE: Banco de España.

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 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 RD-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 RD 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. El RD-Ley 6/2022, en vigor desde marzo de 2022, ha ampliado los supuestos de situación de especial vulnerabilidad.

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). El RD-Ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, ha elevado a tres veces dicho indicador como requisito para determinar la situación de especial vulnerabilidad. 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 RD 164/2019 también configura la forma de acreditar ante las entidades el nivel de renta y de patrimonio y la composición de la unidad familiar, así como el procedimiento concreto para llevar a cabo la correspondiente solicitud.

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

Tras la entrada en vigor del RD-Ley 19/2017 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 RD-Ley 19/2018 y la Circular 4/2021. 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 proceden, por un lado, de su posible colisión con las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, en virtud de la cual 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 2022 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 ofrecen 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?](#)», «[¿Todavía no conoces la cuenta de pago básica?](#)», «[¿Necesitas abrir una cuenta por primera vez? La cuenta de pago básica](#)» y «[Condiciones más flexibles para abrir una cuenta de pago básica](#)».

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

Así, 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 tanto la adecuada y efectiva aplicación de la normativa en materia de cuentas de pago 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:

- La asistencia 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 aperturar 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.

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)¹¹.
- 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 el DIC (al cual se ha hecho referencia anteriormente) a cualquier solicitante de cuenta y por cada cuenta de pago que las entidades ofrezcan. Esta obligación ha sido introducida por el RD-Ley 19/2017 y desarrollada por la Circular 2/2019.
- 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 2316/2015, 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 exclusivamente numérica. El número 1 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 ambas sean complementarias, se trata de conceptos distintos. Dado que la normativa

¹¹ RD-Leg 1/2007, de 16 de noviembre, artículo 80.1.b.

(Orden 2899/2011 y Circular 5/2012) no exige, si bien tampoco excluye, la entrega escrita de las explicaciones adecuadas, estas se facilitarán, normalmente, de forma verbal durante el proceso de comercialización, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.

Según el artículo 9 de la Orden 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. Asimismo, debe estar redactada en términos fácilmente accesibles y comprensibles —especialmente para las personas con discapacidad—, de manera legible y según 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 Orden 1263/2019 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. En el caso de que esto no fuese posible porque el contrato se hubiese celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia, se entregará inmediatamente después de su celebración.

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, cumplían 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 bien engañosas, sobre los requisitos necesarios para disfrutar de especiales condiciones.

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 aquellos 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 disposición de acreditar que entregaron a sus clientes la información precontractual a través de la cual se justificaría que, antes de contratar, el cliente tuvo la opción 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.

Además, el DCE considera que la entidad debe aclarar al cliente, cuando este 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.

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

Las entidades que ofrecen cuentas de pago están obligadas a entregar gratuitamente, a clientes y potenciales clientes, en papel o en otro soporte duradero, un documento estandarizado, denominado DIC, para cada una de las cuentas de pago que las respectivas entidades ofrezcan.

Este documento debe contener, en la parte superior de su primera página, el título «Documento informativo de las comisiones» y el símbolo específico que lo diferencia de otros documentos. Debe ser breve, de fácil lectura e incluir los servicios más representativos asociados a la cuenta que se ofrece (los de la lista publicada en el anejo 2 de la Circular 2/2019), con las comisiones asociadas a tales servicios.

El DIC debe entregarse antes de la contratación, dado que su finalidad es que el cliente que quiera abrir una cuenta pueda conocer de forma fácil, con anterioridad a aquella, las comisiones de cualquier cuenta y, de acuerdo con esta información, comparar y elegir la que más le convenga.

Asimismo, además de ser entregado a clientes y a potenciales clientes, el DIC debe ser publicado en lugar destacado en los establecimientos comerciales y en los sitios web de cada entidad.

En la web del Banco de España se puede encontrar un [comparador](#) de comisiones de cuentas bancarias que permite cotejar las distintas comisiones que las entidades financieras ofrecen a sus clientes, a partir de la información que ellas mismas facilitan mediante el DIC antes de la formalización del contrato.

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.

En este sentido, cabe mencionar el hecho de que los servicios de emisión y de mantenimiento de tarjetas (de crédito y de débito) están entre los más representativos asociados a la cuenta de pago (según la lista publicada en el anejo 1 de la Circular 2/2019, de 29 de marzo), por lo que tales servicios y sus comisiones se deben incluir en el DIC que, como se ha mencionado más arriba, ha de facilitarse antes de contratar.

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 Orden 1263/2019, norma a la cual nos remitimos, que resulta aplicable necesariamente cuando el cliente es un consumidor o microempresa y cuando, no siéndolo, no se ha pactado otro régimen.

En aquellos expedientes de reclamación en los que la parte reclamante denunciaba la falta de información o de entrega de documentación contractual e indicaba que, en el momento de abrir la cuenta, la entidad le había recogido la firma a través de una tableta o dispositivo PDA en el que no visualizaba 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. Por tanto, la entidad debe estar en condiciones de describir y acreditar que ha cumplido con su deber de informar al cliente sobre las condiciones de la cuenta antes de la contratación.

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 lo relativo 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).

Integridad del contrato y oscuridad de las cláusulas contractuales

Las entidades deben asegurarse de la integridad del contrato que suscriben con sus clientes, de modo que contemple y regule todas las vicisitudes que puedan darse 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.

En caso de cláusulas oscuras susceptibles de diversas interpretaciones, el DCE considera —en línea con lo previsto en el art. 1288 del Código Civil— que 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. Todo ello, sin perjuicio de que la interpretación definitiva de una cláusula, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, correspondería, en exclusividad, a los jueces o tribunales de justicia.

Entrega del 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 Orden 1263/2019). 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 RD-Ley 19/2018, 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 que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultar conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o en el que 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 Ley 10/2010, 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 recogen 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 aquellos expedientes de reclamación cuyo motivo era que la entidad bancaria no había atendido una petición de entrega de contratos para los que, por haberse cancelado en fecha muy antigua, en el momento de plantearse la petición hubiera transcurrido ya el plazo de conservación de documentación, o cuando se trataba 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.

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.

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 que, 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 redundará 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.

En relación con los robos o pérdidas del DNI, el DCE recomienda que se comuniquen 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.

En cierta reclamación de este tipo cuyas quejas se dirigían contra disposiciones hechas con un DNI supuestamente sustraído, tras comprobarse 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, el DCE manifestó su opinión de que la entidad debería haber desplegado una especial diligencia en el momento de identificar al solicitante y contrastar las firmas, dado que se trataba de disposiciones hechas sin libreta y con una firma que no coincidía con la que constaba en el contrato o cartulina de firmas. Por todo ello, 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.

2.4.1 Disposiciones en efectivo

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

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.

Caso distinto 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 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 aquella de la que es cliente, a pesar de aportar 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.

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 de 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, etc.) 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 aquellas cuentas a la vista en las que se acuerde la posibilidad de disposición del saldo mediante dinero en efectivo, esto es, billetes y monedas.

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

Con carácter general, en todos los servicios bancarios, y con independencia de que se apliquen 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.

Con relación a este particular, se planteó ante el Banco de España una reclamación por la que se discutía que una persona autorizada en una de las cuentas de la reclamante 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 aquella no estaba autorizada. Asimismo, la reclamante manifestaba que llevaba meses intentando solucionar las cosas pero la entidad jamás le había dado 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 tal forma que, frente a aquellos 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.

2.4.3 Adeudos 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 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.

2.4.4 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 adopten las entidades en los programas o las campañas de fidelización de los clientes en relación con 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 estos 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 haber proporcionado al cliente, en los correspondientes contratos o por otra vía, información relevante y 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 bien 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 respecto al mantenimiento de 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.

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 cumpliera 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.

2.4.5 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 las pensiones y demás prestaciones periódicas que vengán 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, contra quienes la hubieran percibido indebidamente, el importe de las prestaciones devueltas a la TGSS. Por tanto, las entidades deben establecer procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la pervivencia del pensionista (fe de vida).

En cuanto a la fecha de abono de las pensiones, se trata de un motivo por el que se presentan numerosas 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), antes de recibir los fondos de la Seguridad Social, el importe de las próximas transferencias, 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.

2.4.6 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, a fin de evitarles 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 o, en caso 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 por

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.

Cuestión muy distinta es el bloqueo de la cuenta por parte de la entidad debido a exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En estos casos, dicho bloqueo no constituye necesariamente por sí solo una mala práctica, pero en los expedientes habrá que analizar cómo se ha preavisado al cliente y si pudiera concurrir, de alegarse, alguna circunstancia excepcional y justificada de confidencialidad.

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 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 podría dar lugar a la adopción de medidas preventivas, como el

bloqueo por parte de las entidades, y, en caso de persistir las discrepancias y en tanto que no se resuelvan, a la consignación del saldo, 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.

2.4.7 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 DCE¹² ha señalado la necesidad de que los 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, y de que aquella tenga 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 para que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas, aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya una adecuada información al respecto. Caso distinto sería que la deuda correspondiera solo a parte de los cotitulares pero 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.

De este modo, no se aprecia vulneración de las buenas prácticas bancarias en la actuación de las entidades cuando están habilitadas 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 una perspectiva 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

¹² Véase sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 16 de diciembre de 2009.

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 conclusión, 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, cuando se trate de cantidades percibidas como mínimos vitales para subsistir.

2.5 Modificaciones contractuales

2.5.1 Formalidades y plazos

El procedimiento para efectuar modificaciones, a instancia de la entidad de crédito, en el contrato de cuenta a la vista o cuenta de pago se regula de forma precisa en la normativa de los servicios de pago. A través de la regulación en dicha normativa del proceso de modificación de condiciones contractuales se dota a este de garantías que refuerzan la transparencia.

De esta manera, conforme al artículo 33.1 del RD-Ley 19/2018, 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 una propuesta de 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 ofrecida 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 puede cancelarse porque se encuentra vinculado a un contrato de préstamo (o a otro producto o servicio), entendiéndose 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 hubiese realizado cumpliendo formalmente con los requisitos establecidos en la normativa de servicios de pago.

En todo caso, la normativa prohíbe modificar unilateralmente el coste de una cuenta (o introducir un concepto del que se derive un coste) por importe superior al vigente en el momento de la solicitud de resolución. Esto no sería aplicable si la cuenta de pago no resulta necesaria para la gestión de un producto principal o si se utiliza para finalidades distintas de las relacionadas con el producto o servicio vinculado.

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 numerosas reclamaciones recibidas en 2022 con relación a las modificaciones unilaterales de las condiciones contractuales por parte de las entidades, los clientes 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.

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.

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 RD-Ley 19/2018) 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 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 un *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, a través de 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 del 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.), de la existencia de la notificación; cuando no hay aviso, ha apreciado posible quebrantamiento del artículo 33 del RD-Ley 19/2018, según la interpretación del citado TJUE.

Así, en los expedientes de reclamación en los que el cliente negaba 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 acceder a la 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.

Sin embargo, puede ocurrir que la entidad se niegue a la baja del cotitular invocando razones que pudieran resultar justificadas —por ejemplo, la existencia de contratos o deudas del referido titular asociados a la cuenta y no cancelados—, pero estas deberán ser valoradas en cada caso.

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 que medie 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 dicha baja, solicitada por otro cotitular.

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 2899/2011, ha examinado en cada expediente de reclamación si la comisión cuya aplicación se discutía respondía 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 había tenido ocasión de conocer su concepto y cuantía con anterioridad a su cobro y de aceptarlos, expresa o tácitamente.

Tanto la Circular 2/2019 como el RD-Ley 19/2017, 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 lo que en la práctica bancaria se denomina «servicio de caja básico», que habitualmente incluye una serie de operaciones o servicios tales como los de ingreso en efectivo, disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos derivados 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 RD-Ley 19/2018 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 habían tenido conocimiento de este 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 aquellas comunicaciones en las que solo se informó de la comisión en términos de porcentaje, sin hacerlo también en términos monetarios mediante una simulación y ejemplo representativo.

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.

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

La vigente normativa general de transparencia y la de crédito al consumo han impuesto la revisión del criterio que anteriormente mantenía el DCE.

Así, con arreglo a la normativa vigente, y centrándonos en los servicios bancarios más frecuentemente ligados a esta problemática —préstamos o créditos y depósitos a plazo—, se han de tener 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 entidad¹³. El criterio de buenas prácticas subyacente a la citada normativa es considerado por este Departamento igualmente aplicable a los clientes que no tengan la condición de consumidores.

Por tanto, 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.

¹³ 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.

Comisión por retirada de efectivo en ventanilla

Los usos bancarios y la política de contratación de cada entidad son los que determinan los servicios que se consideran incluidos en el servicio de caja básico y se retribuyen mediante comisión de mantenimiento, y por los que por tanto no se debería cobrar comisión adicional.

Se ha de recordar que la Circular 2/2019 establece la lista de 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 de 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.

A través de este criterio, el DCE pretende evitar la obstaculización al acceso al único medio de pago de curso legal, 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

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 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.

Por lo tanto, 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.

En este sentido, la reciente sentencia n.º 328/2022, de 26 de abril, de la Sala de lo Civil del TS 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 sean consideradas como un servicio añadido al ingreso en efectivo en sí.

Consiguientemente, este Departamento, en el informe emitido con motivo de la R-202218798, manifestó, en consonancia con el dictamen del TS en la sentencia anteriormente indicada, que, estando este servicio de caja retribuido por la comisión de mantenimiento que paga el titular de la cuenta, el cobro de una comisión añadida al tercero que realiza el ingreso carecería de justificación y sería, por lo tanto, contraria al artículo 3.1, párrafo segundo, de la Orden 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.

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 en 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 en divisas (o de divisas en 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 característicos asociados a la cuenta de pago se encuentran el de transferencia y el de orden permanente, ambos incluidos en la lista de los servicios más representativos 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, a través de diversos expedientes de reclamación, este Departamento ha observado que las entidades bancarias cobraban una comisión por el servicio de transferencia de fondos de la cuenta, sin que en el contrato marco de la cuenta de pago, al amparo del cual se hacían esas transferencias del saldo, se hiciera alusión a la comisión aplicable a las transferencias. Consecuentemente, el DCE recuerda a las entidades bancarias que el contrato debe informar al cliente sobre todas las comisiones o gastos que se aplicarán por los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, y entre ellos se encuentra el de transferencias. Asimismo, 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. En la no inclusión en el contrato del 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.

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 (en adelante, GRPD) —lo que tradicionalmente se conceptuaba como «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 y que exige tener en cuenta las circunstancias particulares de cada situación y ser enmarcada 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 su Memoria de 2020, el Banco de España publicó unos criterios revisados para que la repercusión de estos importes a la clientela resultara ajustada a las buenas prácticas bancarias. En primer lugar, la nueva y relevante normativa de protección del cliente de servicios bancarios requería analizar el mejor encaje de tales importes en la contratación bancaria, adoptando una posición acorde con su naturaleza y fundamento¹⁴. En segundo lugar, la publicación de la sentencia n.º 566/2019, de 25 de octubre de 2019, de la Sala de lo Civil del TS¹⁵ exigía que la repercusión de los criterios para la razonable aplicación de este cargo a los clientes se alineara con las argumentaciones dadas por el Alto Tribunal.

Así, los nuevos criterios de buenas prácticas que se establecieron y están vigentes para la repercusión de gastos por reclamación de posiciones deudoras son los siguientes:

- 1 Resulta imprescindible su previsión y concreción en la información precontractual y en los propios contratos bancarios, de modo transparente y de acuerdo con el contenido mínimo de la Orden 2899/2011¹⁶ y de la Circular 5/2012¹⁷, así como de las

14 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: «[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 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su 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.

15 Esta sentencia parte de lo establecido en la normativa de transparencia y los criterios de buenas prácticas del Banco de España para el cobro de lo que antes se conceptuaba como «comisión» (aunque, erróneamente, se refiere a la «comisión de descubierto»), pero además introduce una valoración sobre la indeterminación de la cláusula contractual, indicando que su potencial aplicación por el Banco de España requeriría de un 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.

16 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.

Los demás que establezca el Banco de España.»

17 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.»

especificidades que la normativa sectorial reserve a cada tipo de producto o servicio bancario.

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.
- 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 los citados gastos:

- Se deberá informar de estos con carácter previo a su cargo, preferiblemente en la propia comunicación, en la que se indicará el 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.

Además de lo anterior, y a la vista del resultado de las actuaciones supervisoras llevadas a cabo por el DCE, se considera necesario añadir algunas precisiones destinadas a una mejor definición de estos criterios de buenas prácticas y motivadas por el hecho de que la generación de estos gastos suele guardar relación con situaciones de descubierto o de «números rojos» en cuenta corriente. Estas precisiones serán tomadas en consideración en la resolución de los expedientes de reclamación a partir del 1 de enero de 2024.

Así, para que la actuación de una entidad financiera se considere ajustada a las buenas prácticas bancarias cuando se pueda producir o se produzca efectivamente un descubierto tácito en cuenta:

- i) Se deberá dar la posibilidad a los clientes de desautorizar a la entidad el cargo de recibos en descubierto, lo que puede tener lugar tanto en la contratación de la

cuenta como posteriormente, con ocasión del envío al cliente de cualquiera de las comunicaciones periódicas que prevé la normativa.

- ii) En el caso de girarse estos GRPD de forma previa a la liquidación del descubierto, se entenderá que dichos gastos forman parte de los conceptos repercutidos por la propia prestación del servicio de descubierto y, por tanto, del coste del crédito, a efectos de lo establecido en la norma 13.^a, apartado 7 e), de la Circular 5/2012¹⁸.

Cuando la exigencia del reembolso del saldo deudor requiera la liquidación previa del descubierto tácito, siendo este, por tanto, el momento a partir del cual podrán repercutirse los correspondientes GRPD, solo se considerará que la entidad se ha ajustado a las buenas prácticas bancarias si, en el momento de la repercusión de dicho gasto, (a) se mantiene el saldo deudor pendiente de regularizar y (b) se han realizado las comunicaciones oportunas, en los términos exigidos por las buenas prácticas señaladas.

- iii) En el momento de la apertura del descubierto, y con independencia de las previsiones del artículo 20.3 de la Ley 16/2011¹⁹, deberá informarse al cliente, de forma clara y concisa, del período de que dispone para regularizar el saldo deudor antes de su liquidación y, en su caso, de la posible repercusión de los GRPD en el supuesto de que no sea satisfecho dicho saldo deudor.
- iv) Una vez se realice la liquidación del descubierto, el cliente debe disponer de un plazo mínimo para satisfacer el saldo deudor antes de que se proceda, en su caso, a la realización de gestiones para su reclamación y del eventual cargo de los GRPD.

Los saldos en descubierto liquidados y reclamados que no sean satisfechos no podrán ser objeto de una nueva liquidación por la concesión de un servicio de

18 «7. En el cálculo de la tasa anual equivalente de las operaciones de activo, se tendrán en cuenta los siguientes criterios específicos: [...] e) En los descubiertos tácitos en cuentas a la vista, la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los intereses devengados y las comisiones adeudadas a causa de la concesión del descubierto, y el saldo medio deudor del período de liquidación. Como excepción a lo anterior, cuando las comisiones giren sobre el mayor descubierto, la tasa anual equivalente se obtendrá como sumatorio de: i) la tasa anual equivalente de los intereses devengados por el descubierto durante el período de liquidación de este, y ii) la tasa anual equivalente de las comisiones que, a causa de la concesión del descubierto, se adeuden durante el período de liquidación de este. Para la obtención de los dos sumandos anteriores, se observará lo siguiente: – la tasa anual equivalente de los intereses se calculará teniendo en cuenta el saldo medio deudor del período de liquidación; – la tasa anual equivalente de las comisiones se calculará teniendo en cuenta el mayor saldo deudor que se hubiese producido durante el período de liquidación y considerando que dicho saldo se ha mantenido en ese nivel durante todo ese período. De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 3 de la Orden, en los descubiertos no podrá reiterarse la aplicación de comisiones a causa de la concesión del descubierto en otros descubiertos tácitos que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta, ni podrán tampoco exigirse dichas comisiones en los descubiertos por valoración.»

19 «En caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor sin demora de los siguientes extremos:

- a) Del descubierto tácito.
- b) Del importe del descubierto tácito.
- c) Del tipo deudor.
- d) De las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables.»

descubierto que ya fue prestado, no pudiendo girarse, por tanto, nuevas comisiones por descubierto ni GRPD adicionales por estos mismos saldos.

- v) En el cómputo del mayor saldo en descubierto a efectos del cálculo de la tasa anual equivalente de las comisiones por descubierto tácito prevista en la referida norma 13.^a, apartado 7 e), no se deben incluir los importes correspondientes a cualquier comisión o gasto por servicios repercutidos por la entidad (entre otros, los resultantes de la propia liquidación de un descubierto sobre dichos conceptos).
- vi) Por último, y conforme al principio de actuación con respeto a los derechos y los intereses de la clientela establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC), las entidades deberían evitar la generación de descubiertos o el incremento de su saldo por las siguientes causas:
 - a) Por la retrocesión de comisiones o gastos con una fecha valor posterior a aquella en la que fueron cargados, de tal forma que no se generen o incrementen descubiertos por valoración.
 - b) Por el adeudo en descubierto de las cuotas de amortización de un préstamo o crédito debido a la propia entidad. La solución de un impago debe darse con base en los mecanismos específicamente habilitados para ello, en particular en caso de deudores hipotecarios en dificultades.
 - c) Cuando se trate de descubiertos por valoración, por la asignación, a un ingreso de efectivo efectuado en caja o en cajero, de una fecha valor posterior al momento de la realización de dicho ingreso (siempre que el ingreso llegue a buen fin).

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.

Por lo tanto, en caso de disconformidad con la liquidación 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 el envío de información adicional a la obligatoria o más frecuente, o bien su remisión por medio de comunicación distinto del que indica el contrato marco, y siempre que lo pida el cliente). De lo contrario, por este Departamento se podría apreciar posible quebrantamiento del artículo 30 del RD-Ley 19/2018.

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.

2.6.3 Descubierta 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 el 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 RD-Ley 19/2018, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 16/2011 para aquellos casos en los que se trate de la concesión de descubiertos a consumidor.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 16/2011 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 Ley 16/2011 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 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 Ley 16/2011).
- 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 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 los 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 Ley 16/2011 establece en su artículo 20.4²⁰ 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 resultaría conforme a las 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 Ley 16/2011, 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 efectuar 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.

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

La comisión por descubierto es distinta de los gastos repercutidos por reclamación de posiciones deudoras (a los que nos hemos referido en apartados anteriores); sin embargo, es frecuente su confusión por parte de los reclamantes. Por este motivo, es importante dejar clara la diferencia entre la comisión y los gastos, puesto que retribuyen costes o servicios distintos y, por ende, responden a distintos presupuestos de aplicación.

La comisión por la apertura de descubierto debe incluirse en el cómputo del límite máximo que establece la Ley 16/2011 para el descubierto tácito en cuenta a la vista de consumidores, al que se ha hecho referencia anteriormente (art. 20.4 de la Ley 16/2011).

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 Orden 1263/2019 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 Orden 1263/2019 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 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 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 Orden 1263/2019, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes.

Asimismo, 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.), hemos recordado el mandato de nuestro Código Civil en relación con el 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. El DCE, en general, no aprecia quebrantamiento de las buenas prácticas cuando se trata de pretensiones de remisión de extractos o justificantes de movimientos muy antiguos, de contratos ya cancelados o si la petición fue inconcreta o desproporcionada.

Estado de comisiones

El RD-Ley 19/2017 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 los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago (publicada en el anejo 1 de la Circular 2/2019), 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 una cuenta con saldo cero o que no registra movimientos, y otra bien distinta es que con motivo del cargo de comisiones de

mantenimiento se giren 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 un descubierto cuya única causa fue el cargo de comisiones en la cuenta, este Departamento aprecia quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias. Además, se considera 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 por parte 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 depósitos y saldos presuntamente en abandono, de conformidad con el artículo 18.3 de la citada Ley 33/2003.

Dicho procedimiento se encuentra regulado en la Orden 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.

Cuando a través de una reclamación se pretenda obtener información sobre fondos depositados en cuentas antiguas, 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, en su caso, que el plazo de conservación ha expirado. De este modo, podría apreciarse vulneración de las buenas prácticas bancarias si la entidad no aportara información sobre el estado o la cancelación de la cuenta tras haber probado el reclamante su titularidad sobre saldos existentes en una cuenta en cierta fecha.

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 RD-Ley 19/2018).

2.7.1 A iniciativa de la entidad bancaria

De acuerdo con el RD-Ley 19/2018, 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.

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.

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.

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 caso contrario, 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 cuando, al conocer la voluntad de sus clientes de cancelar la cuenta, no informan a estos 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 dicho 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.

Este Departamento ha recordado, en la resolución de diversos expedientes de reclamación en los que los clientes se veían sorprendidos años después de la cancelación de la cuenta

con una reclamación de la entidad por una deuda derivada del saldo negativo de la cuenta, que la ausencia de formalización por escrito de las instrucciones dadas conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia en el momento en que esta sea 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.

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 en aquellos casos en los que la entidad alegaba —y acreditaba debidamente—, como motivo para no haber cancelado la cuenta a instancias del cliente, la existencia de saldo deudor en la cuenta o de contratos vinculados vigentes. Ahora bien, como hemos indicado, si el saldo deudor se debiera 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 necesario para atenderlos—, la conducta de la entidad resultaría apartada de las buenas prácticas.

En aquellas reclamaciones en las que el motivo de la discrepancia entre las partes se ceñía a la exigencia por parte de la entidad de que la cancelación se solicitara físicamente en la oficina bancaria, este Departamento ha considerado la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas en aquellos casos en los que no acreditaba que estuviera pactada contractualmente la exigencia de que la cancelación fuera ordenada de manera presencial.

Por otra parte, no se ha considerado 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 estas 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 la facultad de rescisión que le atribuya el contrato.

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 RD-Ley 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 RD-Ley 19/2017 y de la Orden 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 asegurando la gratuidad del servicio 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 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 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.

La mayoría de las reclamaciones recibidas durante este ejercicio en relación con el procedimiento descrito en el RD-Ley 19/2017 se refieren 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 3.4, así como al cobro de una comisión en concepto de transferencia del saldo disponible en la cuenta de la entidad transmisora.

En lo que respecta al cobro de dicha comisión en concepto de transferencia del saldo disponible en la cuenta de la entidad transmisora, el DCE considera que podría suponer un quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 11.1.d) en relación con el artículo 9.1 de la Orden 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 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

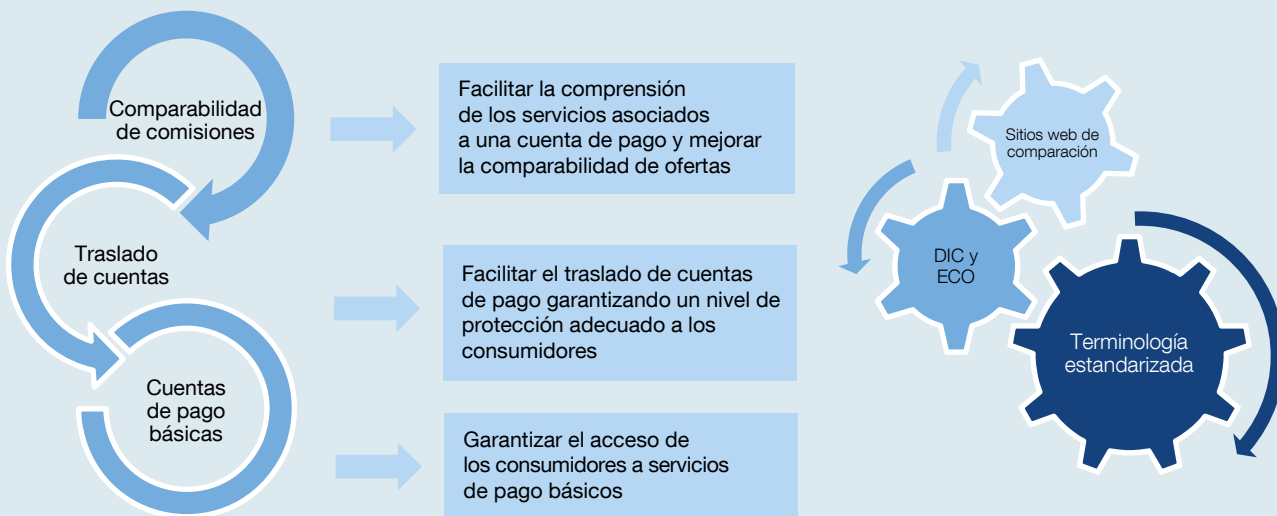
Los promotores y los vendedores de viviendas en construcción están obligados a percibir las cantidades anticipadas por los compradores a través de una entidad financiera. Además, deben depositar dichas cantidades en una cuenta especial y garantizarlas, junto con sus intereses, mediante aval bancario 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 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

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES

Esquema 1
PRINCIPALES MEDIDAS PREVISTAS EN LA DIRECTIVA 2014/92/UE



FUENTE: Banco de España.

El 25 de noviembre de 2017 se publicó el RD-Ley 19/2017, que transpone parcialmente la Directiva 2014/92. La transposición se completa con la Orden 228/2019 y el RD 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 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, tendentes a lograr una mejora en la comparabilidad de las comisiones de cuentas de pago.

El artículo 15 del RD-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 Delegado (UE) 2018/32 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se complementa la Directiva 2014/92 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 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 ajuste a sus necesidades y características, incluso a escala transfronteriza.

Tras la publicación de la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago en el

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

Esquema 2

PRINCIPALES MEDIDAS INCLUIDAS EN CADA UNA DE LAS NORMAS

TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/92/UE	
<p>El RD-Ley 19/2017 regula:</p> <ul style="list-style-type: none"> – 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 las 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 	<p>La Orden ECE/228/2019 desarrolla el RD-Ley 19/2017 y establece:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Cuentas de pago básicas: comisiones, gastos máximos adicionales y servicios que comprenden, 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 <p>El RD-Ley 164/2019 regula el régimen de gratuidad de la cuenta de pago básica</p>

FUENTE: Banco de España.

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.

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

Cuadro 2
LISTA DE LOS 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.

sitio web del Banco de España, la lista se incorporó a la Circular 2/2019, que asimismo modifica la Circular 5/2012.

Por otro lado, el artículo 20 del RD-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, 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 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, de un documento que deberá recoger información

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

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.

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 RD-Ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán proporcionar a sus clientes o potenciales clientes, gratuitamente y con la suficiente antelación, un documento informativo de las comisiones, en el que deberá figurar la terminología estandarizada de la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, junto con las comisiones aplicables a cada uno de dichos servicios, si el proveedor de servicios de pago los ofrece.

Este documento debe ser corto, fácil y preciso, y contendrá únicamente información sobre las comisiones asociadas a los servicios incluidos en la lista de los 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

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

Imagen 2
FORMULARIO DEL ESTADO DE COMISIONES

Estado de comisiones

[Nombre del proveedor de la cuenta]
[Datos de contacto del proveedor de la cuenta]

[Nombre del cliente]
[Datos de contacto]

Cuenta	
Identificación de la cuenta	
Periodo	Del al
Fecha	

- 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		
		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.				
Gastos (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
[•] 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.

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 RD-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.

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 RD-Ley 19/2017 preceptúa que el Banco de España dispondrá de un sitio web, de acceso gratuito, que permita comparar las comisiones asociadas,

<p>El artículo 19 del RD-Ley 19/2017 establece los siguientes requisitos:</p>	<p>El artículo 13 de la Orden ECE/228/2019 establece los siguientes requisitos adicionales:</p>
<ul style="list-style-type: none"> – Ser funcionalmente independientes – Garantizar que los PSP reciben un trato equitativo en los resultados de las búsquedas – Indicar sus propietarios – Establecer los criterios claros y objetivos en los que se basará la comparación – Utilizar un lenguaje sencillo y, en su caso, la terminología estandarizada – Proporcionar información precisa – Incluir un conjunto amplio de ofertas – Ofrecer un procedimiento eficaz de notificación de errores 	<ul style="list-style-type: none"> – Contar con políticas y procedimientos escritos que garanticen el cumplimiento de los requisitos – Mostrar la información de forma que la prevalencia de alguno de los productos no responda exclusivamente a intereses comerciales – El motivo principal por el que aparezcan productos en los resultados no puede ser la retribución del propio PSP – Cuando entre los resultados se incluya cualquier publicidad, esta deberá indicar la palabra «anuncio» – Toda publicidad que lleven a cabo deberá ser clara, objetiva y no engañosa

FUENTE: Banco de España.

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 posibilite 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 RD-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 de la Orden 228/2019 establece una serie de principios adicionales que, con los mismos objetivos, también resultan de aplicación a estos operadores.

El artículo 19 del RD-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.

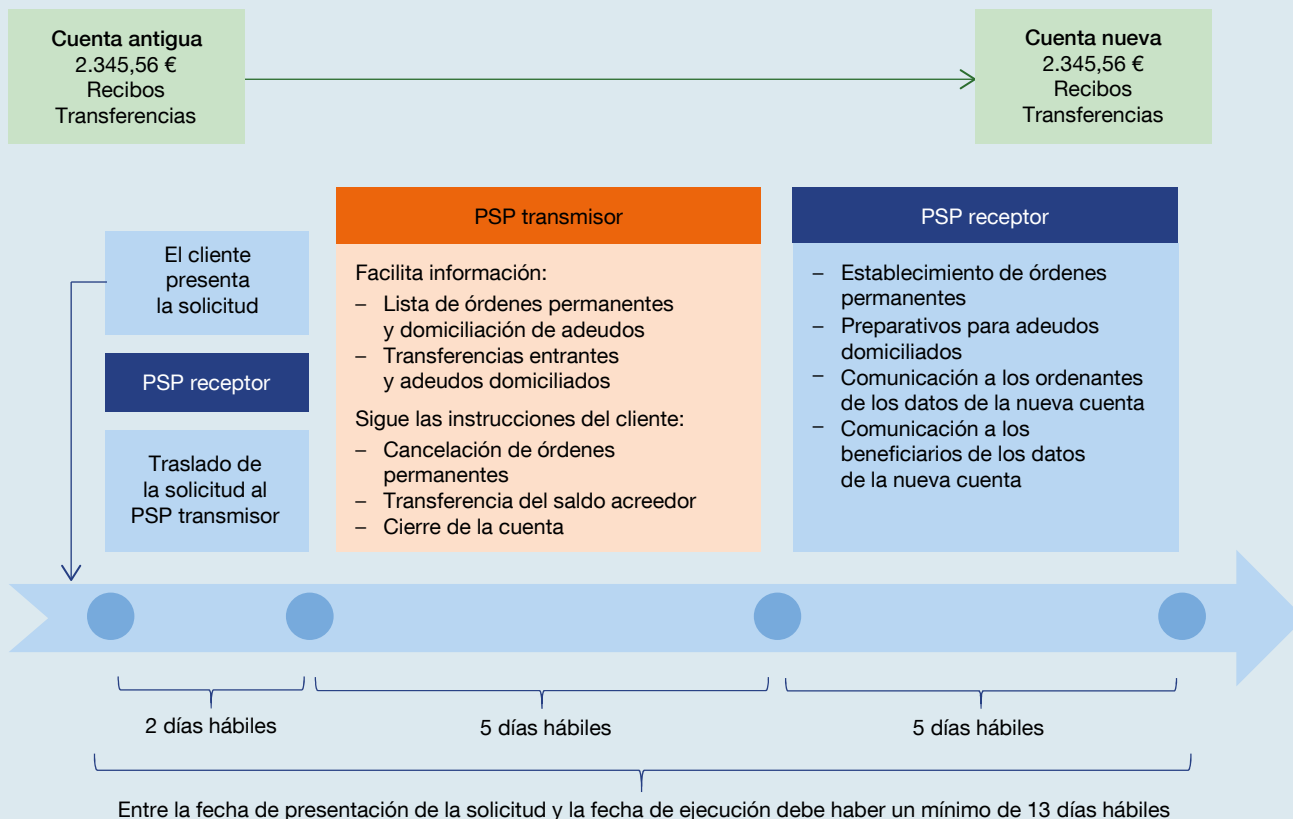
2 Traslado de cuentas de pago

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 también prevé el establecimiento de un procedimiento armonizado para el traslado de cuentas de pago que se fundamenta en unos principios comunes que resultan de aplicación en toda la UE.

El RD-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

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

Esquema 4
PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO



FUENTE: Banco de España.

brevidad 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 228/2019 fija la gratuidad del procedimiento para los consumidores, determina una serie de medidas tendentes a facilitar la apertura transfronteriza de cuentas de pago y establece el procedimiento concreto que se ha de seguir cuando se recibe una solicitud de traslado de cuenta de pago.

El procedimiento será iniciado por el proveedor de servicios de pago receptor tras la presentación de la correspondiente solicitud. El cliente deberá cumplimentar un formulario que autorice al proveedor de servicios de pago receptor a obtener cierta información necesaria para el traslado, así como a realizar una serie de actuaciones contempladas en el proceso. Este, por su

parte, 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.

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 obligación de la entidad financiera en el momento de la apertura de la cuenta ha sido interpretada por el TS en su sentencia 733/2015, de 21 de diciembre.

Dicha sentencia resulta de gran trascendencia, ya que en ella el TS fijó la siguiente doctrina jurisprudencial (que ya ha sido aplicada en sentencias posteriores por el propio TS):

«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.»

El TS 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).

No obstante, en lo que respecta a aquellas reclamaciones relacionadas con anticipos del precio de vivienda entregados después de enero de 2016, este Departamento ha considerado que debe abstenerse de emitir su opinión, al comprobar que la norma vigente a partir de 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 Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (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 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, con arreglo a la regulación de los mercados de valores —en particular, según el RD-Ley 14/2018, de 28 de septiembre—, se rige por dicha normativa 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 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 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 consultarlo²¹.

3.1.2 Información precontractual

La Orden 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 contrato u oferta. Como se ha mencionado 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).

²¹ 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.

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—. Así, se deberá resaltar:

- 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 RD-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.

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 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.

Asimismo, el artículo 7 de la Orden 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 2899/2011), debiendo estar las partes a lo que se encuentre recogido en los respectivos contratos de depósito a plazo.

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 determinado, 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. Asimismo, 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, según el artículo 7, apartado 3, de la Orden 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.

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 cuando 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.

Con relación a este aspecto de la retención fiscal, conviene poner de relieve que la no inclusión en el documento de liquidación de todos los datos utilizados por la entidad para determinar la cantidad a reembolsar en la cancelación anticipada del depósito —en concreto, la omisión de los tipos de interés nominal y efectivo, y el tipo y la base usados para el cálculo de la discutida retención— puede conducir a la apreciación de falta de claridad y posible quebrantamiento del artículo 8 de la Orden 2899/2011 y de la norma undécima y anejo 4 de la Circular 5/2012 del Banco de España en la conducta de la entidad.

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. En España, la incorporación de las disposiciones del derecho de la UE se ha realizado mediante la promulgación del RD-Ley 19/2018²².

La entrada en vigor del citado real decreto-ley tuvo lugar 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 comenzó 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—²³.

Este real decreto-ley ha sido desarrollado mediante la Orden 1263/2019; su entrada en vigor, en virtud de su disposición final sexta, se produjo, en su mayor parte, el 1 de julio de 2020.

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)*]²⁴, siendo

22 Otra novedad en el ámbito de pagos que ha tenido lugar recientemente 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.

23 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.

24 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.

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.

En las operaciones de pago reguladas por el RD-Ley 19/2018:

- 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 repercute.
- 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.

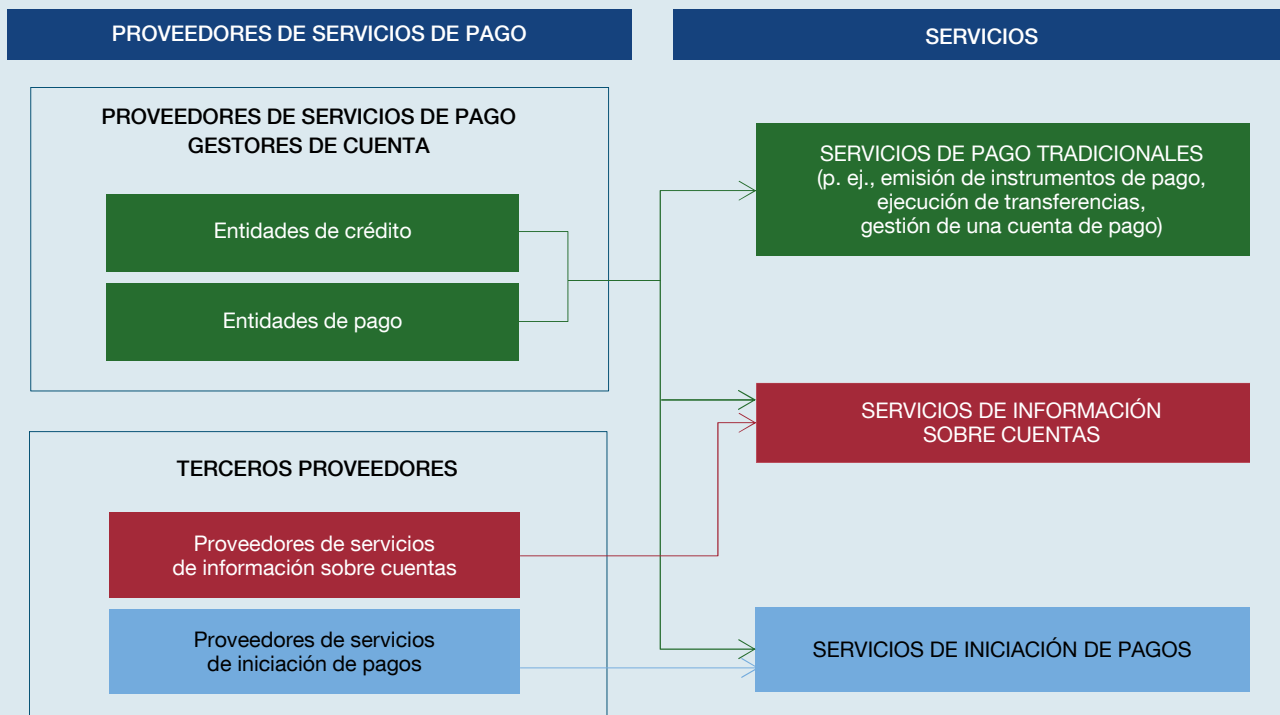
Este real decreto-ley extiende su protección a las microempresas en lo referente a las obligaciones de las entidades de transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a las operaciones de pago, resolución y modificación del contrato marco y determinados derechos y obligaciones 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 2003²⁵, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

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

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.

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (cont.)

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:	<ul style="list-style-type: none"> — Conocimiento (algo que solo conoce el usuario) — Posesión (algo que solo posee el usuario) — Inherencia (algo que es del usuario)
	Independientes:	<ul style="list-style-type: none"> — 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 proveedor de servicios de pago (PSP) o vinculados por él al cliente
	Elemento de seguridad dinámico si:	<ul style="list-style-type: none"> — Operación de pago electrónico remota — Presencia de un PISP (<i>Payment Initiation Service Provider</i>)
Obligatoria cuando:	<ul style="list-style-type: none"> — Acceso cuenta pago <i>online</i> — Operación de pago electrónico — Acción remota que entrañe riesgo — Presencia de un TPP 	
Posibilidad de exenciones, en función de:	<ul style="list-style-type: none"> — 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 - Banco de España*, 35.

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 proveedores de servicios de pago (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.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas.

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, por otro reforzar las obligaciones de transparencia en los servicios de

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (cont.)

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 <i>Roaming</i> : 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 <i>online</i> (banca <i>online</i> , 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.

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.º 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

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (cont.)

comparabilidad entre comisiones, los PSP y las partes que ofrezcan servicios de conversión de divisas en cajeros automáticos o en puntos de venta, a los que se refiere el artículo 59, apartado 2, de la Directiva 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.

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:

- i) TARGET2-BE, para el procesamiento de grandes pagos. 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).

- ii) Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), para los pagos de pequeño importe. 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.

4.1.1 Condiciones contractuales

El artículo 14 de la Orden 1263/2019 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 tal modo que los contratos deben ser de aplicación directa e indubitada y han de regular todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de la relación.

Oscuridad de las cláusulas

En caso de 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. Al margen de la interpretación definitiva de los contratos, 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 han de facilitar a sus clientes 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.).

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 Orden 1263/2019, 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 Orden 1263/2019—, 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 deben 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 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. Por otra parte, hay que recordar que el artículo 15 de la Orden 1263/2019 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 Aplicación de comisiones y gastos

La normativa específica de servicios de pago —RD-Ley 19/2018 y Orden 1263/2019— 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.

Con carácter general, la normativa prevé una doble garantía para el usuario. De tal modo que:

- El usuario 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.
- Por otro lado, al usuario le deberá ser suministrada, individualizadamente, la información relativa a los gastos que deberá abonar al proveedor de servicios de pago, de forma previa y posterior a la operación. En su caso, debe incluirse el desglose de las cantidades correspondientes.

Conforme establece el artículo 35 del RD-Ley 19/2018, 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). Se consideran tipos oficiales 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.

Conviene aclarar que las entidades no tienen ninguna obligación de aplicar en sus operaciones los tipos de cambio de divisa oficiales. Por lo tanto, 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.

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.

Por otra parte, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante ofrezca un servicio de conversión de divisas en relación con una transferencia, 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.

4.1.5 Modificación de las condiciones del contrato marco

La modificación de las condiciones del contrato marco regulador de los servicios de pago 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. Para

llevar a cabo dicha modificación de condiciones contractuales, las entidades deben seguir el procedimiento previsto en el artículo 33 del RD-Ley 19/2018.

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 prescindiendo del procedimiento previsto. Por tanto, se exige que, en aras de la transparencia, los cambios sean debidamente informados a la clientela.

4.1.6 Resolución del contrato

Al igual que sucede con los depósitos o cuentas a la vista, con carácter usual, los contratos que regulan servicios de pago presentan una duración indefinida y la facultad de ambas partes para dar por terminado el contrato en cualquier momento, si bien para la cancelación debe seguirse el procedimiento establecido en el propio contrato y en la normativa de aplicación (art. 32, apartados 1 y 4, del RD-Ley 19/2018).

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 mensajes de WhatsApp, 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 2022 se ha mantenido un ligero aumento de las reclamaciones en las que intervienen técnicas empleadas por ciberdelincuentes, como el *phishing* (por correo electrónico), el *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.

En el recuadro 3.6 siguiente se exponen algunos casos reales, extraídos de expedientes de reclamación de los analizados en el ejercicio, que pueden servir para ilustrar sobre las operativas delictivas que subyacen a las operaciones no autorizadas y sobre la manera de poder evitar estas situaciones.

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.

Dicha comunicación deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo (art. 43 del RD-Ley 19/2018), 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.

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 RD-Ley 19/2018).

El Banco de España 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.

CASOS REALES DE FRAUDE (ANALIZADOS EN EXPEDIENTES DE RECLAMACIÓN)**CASO 1: Clonación o duplicado de tarjeta SIM
(SIM swap fraud)****¿Qué pasó?**

Luis recibió una llamada de su compañía telefónica, por la que se le informaba de que se había realizado un duplicado de su tarjeta SIM. Tras ello, procedió a revisar los movimientos de su cuenta bancaria y comprobó que se habían realizado dos cargos fraudulentos.

¿Qué dijimos?

En cuanto a una de las operaciones, el banco aportó documentación que demostraba que se había acreditado correctamente mediante un método de autenticación reforzada.

No obstante, en la segunda de las operaciones la entidad no acreditaba haber generado y remitido al reclamante notificación alguna para autorizarla, ni mediante SMS ni en la aplicación de pago. El pronunciamiento del informe, por este motivo, fue contrario a las buenas prácticas.

Formas de protegerse contra este tipo de fraude

La técnica conocida como «clonación o duplicado de tarjeta del teléfono móvil» o *SIM swap fraud* es un tipo de fraude sofisticado y complejo, puesto que implica una primera fase de investigación y contacto con la víctima y una segunda fase de clonación física de la tarjeta SIM.

Seguidamente se describen las fases necesarias para llevar a cabo el fraude:

- El estafador obtiene datos de la víctima a través de diferentes vías, ya sea mediante *phishing* o correos de suplantación de identidad, o a través de un sitio web falso, con métodos de ingeniería social o con el hackeo del teléfono móvil, entre otros.
- A continuación, el estafador solicita a la operadora de telefonía de la víctima un duplicado físico de la tarjeta SIM; de esta manera, puede que la primera quede bloqueada o que las dos funcionen a la vez.
- Con la nueva tarjeta SIM el estafador puede recibir los SMS que contienen las claves de autenticación reforzada conocidas como OTP (siglas en inglés

de *one-time password*) para realizar operaciones bancarias. También puede resetear las contraseñas de acceso a la banca electrónica, obteniendo así acceso total a los productos bancarios del estafado, pudiendo contratar nuevos productos y/o realizar operaciones fraudulentas con tarjeta.

La mejor forma de evitar esto es:

- No facilites nunca información o datos personales por Internet.
- Si, de repente, te quedas sin cobertura en tu teléfono móvil, debes contactar inmediatamente con tu compañía de comunicaciones y consultar si tu tarjeta SIM ha sido duplicada.
- Debes, también inmediatamente, comprobar que no haya movimientos extraños en tus cuentas bancarias. De ser así, avisa a tu entidad para que adopten las medidas de seguridad oportunas.
- Considera usar otras alternativas al SMS, como la identificación en dos pasos. La mayoría de los bancos ofrecen este servicio. Solicítalo y sigue los pasos para su activación.
- No hagas público tu número de teléfono en redes sociales. En general, es recomendable que cuides tu huella digital y pensarlo dos veces antes de publicar algo.

CASO 2: Transferencias realizadas por pyme a número de cuenta de proveedor introducida fraudulentamente en comunicaciones por correo electrónico (fraude del BEC o Business Email Compromise)**¿Qué pasó?**

Sebastián, gerente de una pyme, realizó varias transferencias para pagar facturas a un proveedor, por un importe global de 21.698 euros. Posteriormente, revisó un correo electrónico que supuestamente le habría enviado su proveedor, que le hizo sospechar de la autenticidad de las comunicaciones intercambiadas con él. Por ello, comprobó los datos y se percató de que la cuenta del beneficiario indicada en el fichero que firmó para autorizar las transferencias había sido modificada, en un correo electrónico de los intercambiados con su proveedor, de alguna manera desconocida, de modo que

CASOS REALES DE FRAUDE (ANALIZADOS EN EXPEDIENTES DE RECLAMACIÓN) (cont.)

resultó ser víctima de un fraude y el dinero fue a parar a la cuenta de un tercero.

¿Qué dijimos?

Tras examinar toda la documentación aportada por las partes, quedó acreditado que las transferencias reclamadas habían sido autorizadas correctamente, mediante firma manuscrita en las boletas de cada operación. Igualmente, constaba que el cliente instruyó como cuentas beneficiarias de esas órdenes de pago las cuentas que decía que no correspondían con las de su proveedor.

Además, fueron aportados al expediente documentos que evidenciaban las gestiones realizadas por la entidad reclamada en aras de conseguir la devolución de los fondos transferidos, que fueron solo parcialmente recuperados, dado que el beneficiario ya había dispuesto del importe restante recibido en su cuenta.

El Departamento de Conducta de Entidades (DCE) recordó que la normativa de servicios de pago no 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. Por todo ello, el DCE no consideró que el proceder de la entidad reclamada fuese contrario a la normativa o a las buenas prácticas bancarias, mencionando la posibilidad de que la parte interesada pudiera poner los hechos en conocimiento de los tribunales de justicia, pues a estos les corresponde la determinación de la existencia de un posible ilícito penal —estafa y/o suplantación de identidad—, así como de las responsabilidades que cabría exigir al receptor de las transferencias controvertidas.

Formas de protegerse contra este tipo de fraude

- Siempre hay que revisar el número de la cuenta beneficiaria antes de firmar y autorizar una transferencia. Esta revisión implica, si se trata de una cuenta de un proveedor habitual, su cotejo con órdenes de pago anteriores o realizar una llamada telefónica de verificación al beneficiario para comprobar el número de la cuenta de destino.
- Es necesario fijarse en la dirección de correo electrónico del remitente, y con especial atención si se está usando

un dispositivo móvil. Los estafadores a veces monitorean la correspondencia por estos medios durante algún tiempo y pueden imitar estilos de comunicación y usar información personal para hacer que los mensajes sean más creíbles. Hay que tener en cuenta que el correo electrónico es una forma de comunicación que se puede hackear con relativa facilidad.

- Ante un cambio de cuenta bancaria del proveedor, comunicado por este vía correo electrónico, se debe comprobar su veracidad por teléfono o presencialmente.
- Si un correo recibido en el ámbito de la empresa resulta sospechoso, se debe informar al departamento de informática.
- Los ciberdelincuentes pueden hacerse pasar por contactos no solo profesionales, sino también personales y por diferentes vías, además del correo electrónico. En caso de recibir una solicitud que implique el envío o recepción de dinero, aunque sea de alguien que supuestamente conocemos, es aconsejable verificar esa información utilizando otro método de comunicación.

CASO 3: Entrega de claves fraudulentamente solicitadas por correo electrónico (*phishing*), a partir de lo cual se realizan diversas operaciones no autorizadas por el usuario

¿Qué pasó?

Pilar quería mandar dinero a su hija, estudiante en el extranjero, para que esta pudiera pagar las tasas de la universidad, operativa que llevó a cabo mediante Bizum. Una vez ordenada la operación, al ver los datos que le salían en pantalla, se percató de que el número de móvil no lo tenía en su agenda y, por lo tanto, la beneficiaria no era su hija. Revisando *a posteriori* sus movimientos, observó un pago por Bizum de 200 euros que ella no había ordenado. Unos días después de realizarse las operaciones descritas, la entidad le bloqueó la cuenta.

Según explica en su denuncia ante la Policía, María, antes de realizarse los indicados pagos inmediatos, habría recibido un correo electrónico —supuestamente de su entidad— «para actualizar sus códigos», al que habría respondido facilitando datos y claves personales. Solo unos días más tarde, al percatarse de que su cuenta

CASOS REALES DE FRAUDE (ANALIZADOS EN EXPEDIENTES DE RECLAMACIÓN) (cont.)

estaba bloqueada y recordar lo sucedido con los envíos de Bizum, acudió a su oficina, donde le informaron de que se habían ejecutado varias transferencias por importe total de aproximadamente 1.500 euros y que habían procedido al bloqueo de las cuentas por seguridad.

¿Qué dijimos?

Analizando la documentación aportada por la entidad se constataba que la totalidad de las operaciones cuestionadas habían sido correctamente autenticadas a través de una aplicación para la operativa de pagos *online* que estaba enrolada a su teléfono móvil. Por lo tanto, nada se podía decir en contra del procedimiento seguido por el banco para autorizar las operaciones.

No obstante, se consideró que la entidad debería haber demostrado haber realizado gestiones para tratar de recuperar los fondos (en particular, los enviados por Bizum), por lo que en este punto se consideró que se había apartado de las buenas prácticas bancarias.

Formas de protegerse contra este tipo de fraude

De la documentación aportada se desprende que las operaciones reclamadas podrían haberse realizado como consecuencia de la técnica *phishing*, de la que parece que fue víctima María, tras recibir un correo electrónico, aparentemente de su entidad, solicitándole que actualizase unos códigos, según se explica en la denuncia policial.

El *phishing* es la estafa en la que se suplanta la identidad de un tercero, en este caso mediante envío masivo de correos electrónicos fraudulentos empleando la identidad de organismos o empresas legítimas, como tu banco.

Este tipo de fraude persigue obtener datos personales (nombre, DNI) y datos bancarios (números de tu tarjeta, usuario y contraseña de tu banca electrónica, claves OTP).

¿Cómo identificar un correo electrónico fraudulento?

- Tu banco nunca te pedirá por correo electrónico ni por SMS que facilites tus claves de acceso a la banca electrónica o los datos de tus tarjetas de crédito.
- Si tiene archivos adjuntos, desconfía. Con gran probabilidad este archivo oculta un virus informático (*malware* o programa malicioso).
- Verifica la dirección del remitente. Pero ten en cuenta que los ciberdelincuentes consiguen ocultar la dirección real detrás de una falsa.
- Desconfía de los mensajes que contengan enlaces. Revisalos antes de clicar. Para ello, pasa el cursor sobre el hipertexto para ver el enlace verdadero. Su objetivo es dirigir a la víctima a un sitio web falso (*web spoofing*) que simula ser el sitio legítimo para robar las credenciales de acceso.

¿Qué hago una vez lo haya detectado?

- No facilites nunca la información que se te pide ni ninguna otra.
- No pinches en los enlaces ni descargues los archivos adjuntos.
- Márcalo como «no deseado» y, si puedes, denuncia la suplantación de identidad a tu proveedor de correo electrónico. Bloquea al remitente para evitar recibir correos de este tipo en el futuro.
- Es aconsejable remitirlo a tu banco para que esté al tanto e informe al resto de los clientes.
- Si crees haber sido víctima, comunícalo a la entidad para que bloquee la operación y revierta, en la medida de lo posible, el problema. Modifica la contraseña de acceso a tu banca electrónica. No olvides interponer denuncia ante la Policía, Guardia Civil o en el juzgado.

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.

PRUEBA DE LA AUTENTICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAGO

Corresponde a las entidades que presten servicios de pago acreditar que las operaciones fueron autenticadas, registradas con exactitud y contabilizadas, y que no se vieron afectadas por un fallo técnico o por cualquier otra anomalía.

En el contexto de acreditación de lo anterior, 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 con negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben como usuario del servicio de pago, que son las siguientes:

- 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.
- iii) En caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demora a la entidad, tan pronto tenga el usuario conocimiento de ello (por una parte, la entidad debe facilitar que el cliente pueda comunicarse con ella por medios adecuados y gratuitos en caso de que se realicen operaciones no autorizadas y, por otra, desde que recibe la comunicación de su cliente, deberá adoptar las medidas necesarias para que el cliente evite la utilización ilegítima del instrumento de pago por terceros no autorizados).

Habitualmente, para demostrar que la operación reclamada fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, las entidades financieras aportan copia de sus registros internos, en los que se reflejan diferentes datos sobre la ejecución de la operación en cuestión. En el análisis de estos expedientes de reclamación, el Banco de España ha venido considerando que, además de la aportación de dichos registros, en caso de ser necesario (por ejemplo, por contener nomenclatura interna o términos de difícil comprensión para sus clientes), deben explicar el contenido de estos.

También se ha de tener en consideración que la acreditación del modo en que se ejecutaron las operaciones cuestionadas por la clientela varía en función 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, se requiere a la entidad emisora de la tarjeta —para que, a través del sistema de tarjetas, se solicite a la entidad que comercializa el terminal punto de venta (TPV)—, que actúa como intermediaria en el pago entre el usuario y el comercio, 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 presentación de la tarjeta (en pagos *contactless*), tecleo de PIN, OTP, biometría (también para pago *contactless* mediante dispositivo con aplicación de pago) o boleta firmada (generalmente, mediante el aporte de los registros generados por el TPV).
 - 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 (a través de un TPV físico) como a distancia (mediante llamada de teléfono a un comercio o a través de una plataforma de pago), 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 el sistema de redes de tarjetas (como son, por ejemplo, Visa y MasterCard) para conseguir, en su caso, la devolución

PRUEBA DE LA AUTENTICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAGO (cont.)

de los importes adeudados en cuenta si estos no hubieran sido procedentes de acuerdo con las condiciones en que se realizara la contratación.

- Cuando la utilización de la tarjeta se produce por Internet, a la acreditación de la forma en que se realizaron las operaciones se añaden algunas otras necesidades. En estos casos, 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 los sistemas de tarjeta. Estos registros, generados por terceros intervinientes en la operativa, deben presentarse también con las debidas explicaciones.
- En ocasiones, las operaciones discutidas se efectúan, 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, porque el usuario señale que nunca se ha dado de alta en ella, será necesario, además, para considerar que se ha ajustado a las buenas prácticas bancarias, 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.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en el expediente R-202222324, en el que el reclamante solicitaba la devolución de unos cargos considerados fraudulentos. La entidad aportó al expediente documentación del registro de las operaciones controvertidas que acreditaba que estas fueron autorizadas, registradas con exactitud y contabilizadas, y de que no se habían visto afectadas por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. Sin embargo, aunque la entidad afirmaba que los cargos se habían realizado sin ninguna incidencia, no aportaba documentación válida o suficiente para acreditar el correcto enrolamiento de la tarjeta en la aplicación de pago móvil con la cual fueron efectuadas las operaciones reclamadas. Por este motivo, el DCE emitió un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad reclamada.

- Finalmente, se debe señalar que en los casos en que se solicite por parte del usuario de servicios de pago una modificación del número de teléfono de contacto, esta instancia considera que es una buena práctica bancaria que la entidad, para procesar esta modificación, requiera también una autenticación reforzada, y ello por la transcendencia que, en la actualidad, tiene la utilización del teléfono móvil y su número asociado en la realización de pagos.

Del mismo modo, se 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, también se 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 devolverle 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 RD-Ley 19/2018).

Al objeto de realizar dicha comunicación de sospecha de fraude, las entidades disponen de un trámite en la Oficina Virtual del Banco de España a través del cual se puede reflejar 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.

El análisis de las diversas reclamaciones planteadas sobre esta materia implica la comprobación de la acreditación por parte de las entidades de 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 estimará 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.

Límites de disposición de capital y de utilización de la tarjeta

Los contratos de tarjetas de crédito contemplan características propias de su doble naturaleza: por un lado, son instrumentos de pago y, por otro, llevan asociado un 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 presente 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 el 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 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, por cuanto la tarjeta sirve como forma de disposición de un crédito.

En caso de disposiciones con tarjeta 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 los casos en los que el cliente decida modificar al alza el límite de disposición diaria de su tarjeta, el DCE considera que es una buena práctica bancaria que la entidad acredite que existió autenticación reforzada en la ejecución de dicha operativa, de manera que se introduzca un método de verificación, similar al de la operativa de autorización de operaciones de pago, asegurándose de que es el usuario del instrumento del servicio de pago, y no un tercero, el que efectivamente quiere realizar tal modificación.

Por ejemplo, en el expediente R-202222874 la parte reclamante mostraba su disconformidad con una operación de compra efectuada en comercio electrónico que no reconocía y que ascendía a 2.500 euros, afirmando que para su realización se había modificado previamente al alza —de 1.200 a 3.500 euros— el límite de gastos que tenía su tarjeta. La entidad alegó que la modificación cuestionada se había llevado a cabo a través de su banca digital y que para ello era necesario conocer el código de autenticación remitido con dicho fin.

Si bien constaba en el expediente la traza de navegación de la usuaria, no quedó acreditado que la entidad efectuase correctamente la operativa, ya que no aportó el registro del envío del SMS-OTP al teléfono móvil de la reclamante, como parte de la acreditación de que se había utilizado un sistema de autenticación reforzada. Por ello, se valoró la actuación como contraria a las buenas prácticas bancarias y usos financieros en este punto.

Por otro lado, se considera que las entidades no pueden variar unilateralmente al alza los límites de disposición de las tarjetas, de manera que tal modificación debe ser reputada contraria a las buenas prácticas bancarias. Esto es debido a que el límite de disposición opera únicamente como límite de seguridad para la disposición del crédito disponible, por lo que la única persona que puede tener interés y, por lo tanto, solicitar su incremento es el titular de este

A mayor abundamiento, en el hipotético caso de que se produjese una superación de dicho límite al realizarse un pago, se considera que 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—, 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.

Como ejemplo de los anteriores criterios, en el expediente R-202131349 la parte reclamante mostraba su disconformidad con dos retiradas de efectivo y una operación de compra que no reconocía, efectuadas tras el hurto de su tarjeta.

La entidad, por su parte, acreditaba documentalmente que las operaciones controvertidas se habían efectuado correctamente y explicaba que, con fecha 28 de julio de 2020, se había colgado en el buzón de correspondencia *online* de su cliente una comunicación por la que se le informaba de que, a partir del 20 de octubre de 2020, el límite máximo para reintegros de efectivo en cajero automático se establecería en 1.000 euros diarios.

En el informe por el que se resuelve la reclamación se indicó que en el expediente se había constatado que había sido el banco el que, de forma unilateral, había aumentado el límite máximo para retiradas de efectivo con la tarjeta de crédito de 600 a 1.000 euros diarios. Por ello, se recordaba que, tal y como se recogía en la Memoria de 2021, el hecho de que las entidades modifiquen al alza, unilateralmente, los límites de disposición de las tarjetas supone una actuación contraria a los buenos usos y prácticas financieras, concluyendo de manera favorable a los intereses del cliente.

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).

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.

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.

En el esquema 3.1 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.

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 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, cabe concluir que 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.

Comisión por cancelación anticipada

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 indefinida o temporal con renovaciones tácitas automáticas, lo que supone implícitamente que ambas partes tienen la posibilidad de rescindirla unilateralmente [art. 85.3 del RDLeg 1/2007].

Asimismo, el RD-Ley 19/2018 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.

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 Ley 16/2011 se reconoce el derecho a liquidar, en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas de un contrato de crédito.

Siendo los contratos de tarjeta, habitualmente, contratos de duración indefinida, resultaría 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.

No obstante, en el supuesto de que a través de un contrato de tarjeta se instrumentara la concesión de un crédito con un plazo de reembolso determinado, en caso de reembolso anticipado por el cliente se 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.

4.2.2 Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

El RD-Ley 19/2018 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.

Bloqueo unilateral de tarjeta

En relación con el bloqueo del instrumento de pago (en este caso, la tarjeta), el RD-Ley 19/2018 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 después²⁶.

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

En caso de que dejen de existir los motivos que llevaron al bloqueo, procederá el desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución por uno nuevo. Este 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.

Incremento unilateral del coste del crédito documentado en tarjetas

Como punto de partida, y por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge en el artículo 33 del RD-Ley 19/2018, nos remitimos a lo ya expuesto en el epígrafe «Modificación de las condiciones del contrato marco».

²⁶ Véase el artículo 27, número 3, de la Ley 16/2011, relativo a la resolución del derecho del consumidor a disponer de cantidades de un contrato de crédito de duración indefinida.

No obstante, junto con el régimen general anterior de modificación de las condiciones de la tarjeta en cuanto instrumento de pago, debe tenerse en cuenta que, cuando la modificación del contrato marco se refiera a un incremento del coste total del crédito (por ejemplo, modificando al alza el tipo de interés), se estará ante una condición contractual relativa a la propia financiación y, por tanto, sujeta a la regulación de los créditos al consumo, en concreto a lo previsto en el artículo 22 de la Ley 16/2011.

Este artículo dispone que el coste total del crédito solo podrá ser modificado en perjuicio del consumidor —la elevación de este sin duda lo es— si está previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.

Ahora bien, dicha facultad de los concedentes de crédito lleva aparejada las siguientes exigencias:

- Tanto si se trata de modificaciones al alza como a la baja en el coste del crédito, estas se han de ajustar a un índice de referencia objetivo.
- Como excepción, conforme a la remisión de la Ley 16/2011 al artículo 85.3 del RDLeg 1/2007, también es posible que la entidad modifique unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada —como suelen ser los créditos documentados en tarjeta— sin atenerse a un índice legal²⁷, pero ajustándose a las exigencias de dicho artículo:
 - expresando motivos válidos en el contrato;
 - habiendo contraído la entidad la obligación de informar al titular de la tarjeta con antelación razonable, pero puede también no preavisar en el supuesto de razón válida, a condición de que la entidad informe de ello inmediatamente a su cliente, y
 - teniendo el cliente la facultad de resolver el contrato o, en su caso, rescindirlo unilateralmente.

Así pues, en el análisis del clausulado de estos contratos de duración indeterminada, habrá de prestarse especial atención al cumplimiento de los siguientes extremos mínimos:

- a) Si se informa de los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito inicialmente pactado y sobre el procedimiento al que esta deba ajustarse.
- b) El diferencial que se aplicará, en su caso, al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste.

27 Así lo ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 786/2023, de 28 de febrero (FD III.7), en el análisis del tipo de interés aplicable a una tarjeta *revolving*, que fuera concedida inicialmente al tipo de interés del 15,9%, con modificaciones posteriores al alza (17,9% y 26,9%).

- c) En su caso, la identificación del índice utilizado o, en su defecto, una definición clara de este y del procedimiento para su cálculo. Los datos que sirvan de base al índice deberán ser agregados de acuerdo con un procedimiento objetivo.
- d) Si se está en el caso indicado en el artículo 85.3 del RDLeg 1/2007, habrá de comprobarse que se han establecido unos motivos válidos que puedan justificar el aumento del coste del crédito.

A partir del marco legal expuesto, la conducta de las entidades, analizada desde el punto de vista de las buenas prácticas, no puede suponer que el nuevo tipo de interés sea, sin más, de aplicación directa a la deuda contraída y viva en el momento en que la entidad decida elevar dicho tipo, pues ello implicaría una modificación inesperada, con afección sobre la capacidad de reembolso del prestatario.

Es decir, en aquellos casos en los que contractualmente sea posible que la entidad modifique el coste del crédito, para su aplicación no solo a la deuda que se genere a partir de tal modificación, sino también a la deuda ya existente (lo que sucederá especialmente en los casos en los que la forma de disposición de la tarjeta lo sea en modalidad de crédito *revolving* o revolvente), el DCE entiende que:

- En el momento de comunicarse la elevación del coste del crédito, 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, las nuevas condiciones deben ser puestas en conocimiento del cliente con arreglo a un principio de comunicación efectiva y de transparencia material que permita que el cliente esté en condiciones de valorar de manera correcta las consecuencias económicas y jurídicas que podían derivarse para él de la modificación del coste del crédito.

Por ejemplo, tal comunicación podría introducir una muestra de los dos escenarios, «antes y después» de elevar el coste, partiendo del importe dispuesto en la fecha en que se elabore la comunicación, que incluya: i) la fecha estimada en la que se terminaría de amortizar el crédito si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota, y ii) la cuantía total que acabaría pagando el cliente.

- Adicionalmente, las buenas prácticas exigen que el cliente sea informado del derecho que le asiste a no aceptar la modificación del tipo de interés, lo que llevará aparejado 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 (incluida la cuota de amortización pactada y el tipo de interés anterior). Esto no ha de confundirse con el vencimiento anticipado de la deuda vigente o con que el usuario del servicio de pago decida optar por su reembolso anticipado.

4.2.3 Formas de pago de la deuda de la tarjeta

Los contratos de tarjeta deben 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. Consecuentemente, el cliente podría 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 en el formulario estandarizado denominado «Información normalizada europea sobre el crédito al consumo» (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. 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* se ofrece, frecuentemente, junto con la de operar alternativamente con la modalidad de pago diferido a fin de mes.
- 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. Sin embargo, en las tarjetas 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.
- 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. 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 crédito *revolving* se puede instrumentar tanto a través de un contrato de tarjeta, supuesto al que nos referimos en este apartado, como de un contrato de crédito al consumo. Su funcionamiento 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 préstamos²⁸, que se

28 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.

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 realice 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, 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.

Con el fin de introducir seguridad jurídica y reducir la litigiosidad respecto a este tipo de crédito, se publicó la Orden 699/2020.

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 2899/2011), además de la INE en los términos previstos por la Ley 16/2011, 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.
- 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. 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 verificarse 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 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 en ejercicios anteriores, 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 la cuantía de la cuota de amortización sea inferior al 25 % del límite del crédito concedido con posterioridad a la contratación del crédito *revolving*, 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.

Trasposos 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.

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. Debe limitarse a cumplir diligentemente las instrucciones de su cliente y a obtener la documentación necesaria para cerciorarse, en caso de discrepancia con un adeudo concreto, de que 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.

En los casos en que se reclama por los establecimientos comerciales titulares de contratos de TPV que vieron retrocedidas por parte de su entidad de pagos diversas operaciones asentadas en su cuenta, se debe adjuntar por parte de estos, al objeto de defender la corrección de la operación, documentación adicional suficiente que acredite la correcta autenticación del cliente.

Por otra parte, cabe apuntar que las directrices definitivas sobre la seguridad de los pagos en Internet —publicadas por la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) 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.

Resulta oportuno recordar, con respecto a esta cuestión, que el artículo 46.2 del RD-Ley 19/2018 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.

Comercio electrónico seguro

Con frecuencia, las entidades emisoras de tarjetas, ante una reclamación de un titular de tarjeta por la que este 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 Responsabilidad del proveedor por pagos con tarjeta no autorizados

Autenticación reforzada

De conformidad con lo establecido en el artículo 68 del RD-Ley 19/2018 —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 2017²⁹, 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 RD-Ley 19/2018 define la autenticación reforzada como aquella 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.

En lo que respecta a las exenciones a las que se refiere la normativa citada, las cuales permiten que no sea de aplicación la autenticación reforzada de clientes, se basan en: i) el nivel de riesgo 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 atendidos 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 haya consultado en línea el saldo de su cuenta de pago o las operaciones ejecutadas en los últimos 90 días.

A propósito de los pagos a favor de beneficiarios de confianza, en el ejercicio 2022 se formuló reclamación, bajo la referencia R-202130101, por la que el reclamante manifestaba disconformidad con un cargo realizado con su tarjeta, señalando que, tras cuatro meses de espera, su banco le contestó que no procedía efectuar la retrocesión del importe. Por su parte, la entidad señalaba que lo que se estaba reclamando era el cargo por una suscripción anual y que, no siendo posible reclamar el importe de una suscripción que no ha sido cancelada con

29 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.

anterioridad a la fecha de vencimiento, lo que debía hacer el cliente era contactar con el comercio para solicitar su cancelación y evitar futuros cargos. De este modo, el informe emitido por el DCE en resolución de la reclamación se basa en el artículo 13 del Reglamento Delegado de la Comisión de 27 de noviembre de 2017, en donde se establece que «los proveedores de servicios de pago tendrán la posibilidad de no aplicar la autenticación reforzada de clientes, siempre que se cumplan los requisitos de autenticación general, cuando el ordenante inicie una operación de pago y el beneficiario esté incluido en una lista de beneficiarios de confianza previamente creada por el ordenante». En consecuencia, este Departamento concluye que la actuación de la entidad no fue contraria a los buenos usos y prácticas financieras en este punto toda vez que aportó el detalle de la operación controvertida, evidenciando que se trató de una transacción recurrente, y que fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, sin verse afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

En lo que atañe a operaciones realizadas en comercios situados fuera de la UE, el DCE ha considerado que, aunque la operación de compra se efectúe en un comercio electrónico radicado fuera de la UE, 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 RD-Ley 19/2018 —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].

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 RD-Ley 19/2018 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.

Si bien, en todo caso, 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.

Por otra parte, el ordenante quedará exento de toda responsabilidad en caso de sustracción, extravío o apropiación indebida del instrumento de pago cuando las operaciones se hayan efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos impresos en el propio

instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia del instrumento de pago y las credenciales de seguridad, y haya notificado dicha circunstancia sin demora.

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 RD-Ley 19/2018, 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, que no ha de confundirse con la de las monedas virtuales o del dinero digital, está contenida en la Ley 21/2011, 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.

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.

El reembolso que se solicite antes de la finalización del contrato podrá ser 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 servicios de pago, de ámbito nacional o transfronterizo, cuyo objeto es el abono en una cuenta de pago del beneficiario de una cantidad de dinero determinada, procedente de una cuenta de pago titularidad del ordenante de la operación, que es quien da instrucciones a su proveedor de servicios de pago a fin de que ejecute la operación de la transferencia de fondos, de conformidad con las instrucciones indicadas, en la cuenta designada por el propio ordenante.

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 Traspasos³⁰, 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) n.º 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 SNCE, artículo que señala que este reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE. Tanto el reglamento como las instrucciones

30 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.

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) n.º 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 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 RD-Ley 19/2018, cuando una orden de pago se ejecute conforme al identificador único, esa orden se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario indicado en dicho identificador. El proveedor de servicios de pago no será responsable de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación cuando el identificador único que le hubiera facilitado el usuario fuera incorrecto. No obstante, en esos casos se exige que la entidad proveedora de servicios de pago del ordenante de la operación realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo repercutir por dichas gestiones los gastos de recuperación que se hubieran convenido en el contrato marco.

En 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 74³¹ 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,

31 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 RD-Ley 19/2018.

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 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.

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 se establece en el RD-Ley 19/2018, en su artículo 52, en virtud del cual, 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.

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 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 al menos 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 RD-Ley 19/2018).

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.

Ejemplo de lo anterior son los casos de cargo por parte de las entidades de comisiones derivadas de la realización de una OMF (órdenes de movimiento de fondos) para el abono o puesta a disposición de los fondos de un préstamo hipotecario. En esos casos, de conformidad con el criterio de buenas prácticas bancarias emitido por este Departamento, las entidades han de facilitar al cliente información previa sobre el coste de la ejecución de la transferencia en el momento de proporcionarle la información precontractual del préstamo hipotecario otorgado para la adquisición de su vivienda habitual.

Por otro lado, tratándose de una operación sujeta al contrato marco, el DCE no apreciará vulneración de las buenas prácticas bancarias, siempre que las cuantías repercutidas por la entidad reclamada sean acordes a las condiciones pactadas en el citado contrato y que aquella proporcione a su cliente la información y las condiciones a las que alude el artículo 14.c) de la Orden 1263/2019.

Por otra parte, el artículo 53 del RD-Ley 19/2018, 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 RD-Ley 19/2018.

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.

4.3.4 Recepción de órdenes de pago

Conforme a lo establecido por el artículo 50 del RD-Ley 19/2018, 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 en 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.

Así, este Departamento podría apreciar posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela si, ante una transferencia periódica dada de alta tiempo antes, el día establecido para su ejecución cayera en un día festivo (no hábil) y la

entidad procediera a su ejecución el día hábil anterior pese a que del contrato de cuenta o del contrato de servicios de pago no se deduzca particularidad alguna con respecto a la fecha en que debía considerarse recibida una orden de pago por el proveedor de servicios de pago. En definitiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 del RD-Ley 19/2018, la transferencia debería ser ejecutada con cargo a la cuenta del cliente el día hábil posterior al acordado en la orden de transferencia periódica.

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».

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, que no están obligados a ofrecer pagos inmediatos a sus clientes, permitiendo 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.

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.

La mayor parte de las entidades bancarias españolas ya ofrecen a sus clientes este servicio de transferencias instantáneas.

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.

Como se ha explicado, Bizum es un sistema de pagos que opera a través de la banca digital de las entidades y está respaldado por unos sistemas de seguridad robustos. No obstante, debe tenerse en cuenta, por la inmediatez que caracteriza estos pagos, que cobra especial relevancia el número de teléfono móvil del destinatario al que se envía el dinero, ya que, si aquel lleva asociada una cuenta, el sistema, de manera automática, abonará el importe transferido. En caso de no tener cuenta asociada por no estar el titular del móvil adherido a Bizum, el sistema, en uno o dos días, anula automáticamente la operación.

En este sistema, por tanto, es recomendable adoptar ciertas cautelas:

- Cerciorarse de que el número de teléfono móvil introducido a la hora de autorizar el pago es el correcto (especialmente si es la primera vez que se envía dinero a una persona determinada o si esta ha cambiado de número de móvil últimamente).
- De la misma manera, si un usuario de Bizum cambia de número de teléfono móvil, deberá comunicárselo a su entidad para que actualice sus datos y así pueda enviar y recibir dinero con su nuevo número de móvil sin incidencias de ningún tipo.

Siempre que se reciba un código o clave relacionado con Bizum, lo será para autorizar un pago, es decir, para que se ejecute un cargo en la cuenta. Por el contrario, los abonos —el dinero que se recibe en la cuenta— son automáticos y no requieren validar contraseña alguna.

Al realizar esta operativa de autorización del pago por el usuario, antes de que este lo confirme introduciendo el código o clave de seguridad, la entidad muestra un resumen de los datos de la operación. Esto permite al usuario revisar que tanto el destinatario como el importe y concepto indicados son correctos.

En ese resumen de datos, las entidades suelen incluir el denominado «alias», que habitualmente se corresponde con el nombre e iniciales de los dos apellidos (por ejemplo, JUAN E. E.) del destinatario dado de alta en Bizum para ese número de teléfono móvil tecleado en la operación, por lo que es aconsejable prestar especial atención a ese detalle antes de insertar la clave y confirmar el pago (si este alias no se corresponde con el nombre e iniciales de apellidos de la persona a la que se quiere realizar el pago, es mejor no continuar con la operación y confirmar los datos con el destinatario de la transferencia por si no tuviera asociado ese número de teléfono móvil a la cuenta).

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es que Bizum permite no solo enviar dinero, sino también solicitarlo. Por ello, si se espera un pago por Bizum, y su receptor recibe una comunicación de este tipo de operación en la que se solicita una clave, debemos comprobar con cuidado de qué se trata. En no pocas ocasiones se confunde a los usuarios con fines defraudatorios, indicando al que está recibiendo un pago que para efectuárselo es necesario una clave, cuando no es así. Es necesario tener muy presente que, para recibir fondos en una cuenta, no es necesario autorizar su recepción, por lo que, si se solicita una clave para autorización, se estaría solicitando una retirada de dinero de la cuenta y no un pago.



En los siguientes *posts* del Portal del Cliente Bancario se puede ampliar información sobre esta cuestión: «Bizum: te contamos todos sus secretos»; «Como evitar estafas en Bizum»; «¿Sabes que Bizum tiene un límite de operaciones?»; «Pagos electrónicos: una alternativa eficiente y segura»; «Tipi. ¿Te hago un bizum?».

4.3.7 Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. Régimen de responsabilidad

A este respecto, para las órdenes de pago iniciadas directamente por el ordenante, el artículo 60.1 del RD-Ley 19/2018 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 del recibo 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.

En el adeudo domiciliado SEPA 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.

Los adeudos domiciliados deben 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 RD-Ley 19/2018, 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 B2B 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 que no exista 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.

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, cuyo fallo está basado en interpretar el artículo 9.2 del Reglamento (UE) n.º 260/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, 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*.

En el expediente de reclamación R-202130476, la parte reclamante manifestaba su disconformidad con la entidad financiera contra la que reclamaba porque solicitó modificar la cuenta de domiciliación de una tarjeta de compra emitida por aquella y la emisora de dicha tarjeta denegó su petición indicando que solo aceptan cuentas radicadas en España.

El DCE consideró que la entidad financiera quizá había quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, puesto que podría estar incumpliendo las obligaciones de accesibilidad para la realización de adeudos domiciliados en el ámbito de la UE.

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 RD-Ley 19/2018.
- Rechazos de un adeudo domiciliado. Son cobros que se desvían de la ejecución antes del abono en la cuenta del PSP del beneficiario. Su base legal está en el artículo 51 del RD-Ley 19/2018.
- 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 RD-Ley 19/2018.

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 o ejecutado incorrectamente, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, a fin de poder obtener la rectificación de esta, deberá comunicarlo sin tardanza injustificada a la entidad, y, en todo caso, 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). Estos plazos para la comunicación no se aplicarán cuando la entidad no le hubiera proporcionado ni puesto a su disposición la información sobre la operación de pago. No obstante, 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.

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 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 debería ocurrir, razón por la cual podría apreciarse que la actuación de la entidad no se ajusta a las buenas prácticas bancarias. En definitiva, tratándose de supuestos en los que el cliente pretende la devolución por un motivo concreto (por ejemplo, duplicidad de un recibo en particular), la entidad debería marcar la clave específica de devolución cuando, como es el caso, esta circunstancia cuenta con clave propia.

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. En estos casos, la actuación de la entidad 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.

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. En la práctica bancaria, atender pagos autorizados en una cuenta por encima del saldo de esta constituye una facilidad crediticia concedida por las entidades. Por lo tanto, salvo pacto entre las partes que establezca algo distinto, son las entidades las que deciden si se adeuda en cuenta una determinada partida, a pesar de que el saldo no sea suficiente.

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.

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 RD-Ley 19/2018, 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 RD-Ley 19/2018 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 RD-Ley 19/2018. 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.

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 RD-Ley 19/2018 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.

En particular, la entidad puede y debe aportar como documentación acreditativa de sus actuaciones: el listado de operaciones del diario electrónico y el arqueo de caja de fin del día. En cualquier caso, cabe señalar que el cuadro del efectivo de la caja solo sería determinante si, al hacer el arqueo, hubiera sobrado exactamente el importe cuestionado (pues ello corroboraría la tesis del reclamante); pero cualquier otro resultado del arqueo no supondría ninguna prueba concluyente respecto de la cantidad que efectivamente se 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 RD-Ley 19/2018.

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, en virtud de lo dispuesto en el artículo sexto del Reglamento (CE) n.º 1338/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, 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. No obstante, las entidades también han de recoger y reflejar los datos identificativos de quien porta el billete.

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 crédito³². 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 n.º 2169/2005 del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, por el que se modifica el

³² 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.

Reglamento n.º 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.

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, en atención a la necesidad tanto de limitar el número máximo de monedas que se pueden entregar en el tráfico para efectuar un pago como 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 recurre a la aplicación por analogía del citado artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 2169/2005. De este modo, puede afirmarse que la entidad está legitimada para denegar el ingreso de efectivo si excediese de 50 monedas. Por consiguiente, partiendo de la premisa de que las entidades no tienen obligación de admitir más de una determinada cantidad de monedas³³, se podría dar la posibilidad de que las entidades sí terminaran por admitirlas 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,

33 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.

con el objeto de no demorar más allá de lo razonable 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.

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.

La forma en que se presta el servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro 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 aplicable³⁴, 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 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.

34 A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las Administraciones Tributarias.

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 AEB y la CECA y al que se ha adherido la 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, 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.

4.5.5 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero

Al igual que la disposición adicional segunda de la Ley 16/2009 (añadida mediante el RD-Ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automáticos), el RD-Ley 19/2018 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.

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 RD-Ley 19/2018].

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 Ley 10/2010 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 Ley 10/2010 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. 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. En sustitución del procedimiento judicial hasta entonces regulado para los casos de extravío de letras, pagarés y cheques en la LCCH (arts. 154 y 155), la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio, establece en sus artículos 132 y siguientes una nueva modalidad de expediente mercantil (de los regulados en el art. 78.1 de la Ley del Notariado), de naturaleza extrajudicial, en el que se atribuye a los notarios competencias para adopción de las medidas previstas en la legislación mercantil en los casos de robo, hurto, destrucción o extravío de títulos valores. Los legitimados para su promoción son los poseedores legítimos de estos títulos que hubieran sido desposeídos de ellos o que hubieran sufrido su destrucción o extravío. Transcurrido el plazo de un año sin mediar oposición, el notario requerirá al emisor para que expida nuevos títulos, que se entregarán al solicitante.

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 mera comunicación hecha a la entidad en este sentido. Las entidades deben advertir a sus clientes 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, y ello con la única excepción de que

hubiera transcurrido el plazo de irrevocabilidad, o que se hubiera seguido el procedimiento indicado en los artículos 132 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria antes citado. Por lo tanto, para evitar el pago, el tenedor desposeído deberá acudir al notario competente, que será quien ponga en conocimiento del banco la denuncia, para que se retenga el pago. Tras la tramitación del procedimiento correspondiente, el notario hará constar el transcurso del plazo sin oposición y la consecuente amortización de los títulos y procederá a notificar al emisor para que expida, en su caso, nuevos títulos.

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, en sede judicial se ha mantenido 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 al desatender 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 si un notario ordena que la entidad no está obligada a su pago —evitando así, 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 sustancia 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)»³⁵. El cheque, por tanto, es un título valor esencialmente transmisible.

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

³⁵ Regulada en los artículos 1526-1536 del Código Civil y en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio.

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 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.

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 TS mantiene (sentencia n.º 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—.

5.8 Comisiones

Las comisiones aplicables a los cheques comparten el régimen general previsto para los servicios bancarios en la Orden 2899/2011.

5.8.1 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.

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, 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.

Por lo tanto, una actuación acorde con la normativa y con los criterios de 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.

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.

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 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, cuando se va a utilizar el cheque como medio de pago, resulta fundamental 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.

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.

5.8.2 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.

5.9 Fecha de valor y disponibilidad de fondos

En cuanto a la fecha de disponibilidad, debemos mencionar 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 RD-Ley 19/2018, 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.

5.10 Gestiones de cobro

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 TS 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 gestionar el cobro del cheque en cuestión —no abonando su importe hasta que efectivamente hubiese sido realizado—,
- o bien por 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 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.

5.11 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 TS 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.

5.12 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.

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 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. 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 Ley 16/2011, 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 Ley 16/2011, 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 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 Ley 16/2011 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 Ley 16/2011 impone al prestamista la obligación de entregar información precontractual, que deberá recogerse en la 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», entendiéndose 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.

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. 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 Ley 16/2011 indica que esta información se facilitará conforme al formulario identificado como INE, cuyo contenido mínimo figura detallado en el anexo II de dicha norma.

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 (de forma manuscrita o electrónica), cumplirán, necesariamente, con los requisitos previstos en el artículo 16 («Forma y contenido de los contratos») de la Ley 16/2011. Además, las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

La Ley 16/2011 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 Ley 16/2011 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 Ley 16/2011 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 Ley 16/2011 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) n.º 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 Ley 16/2011) 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)³⁶ 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. 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 2899/2011 —punto 3 de su art. 8 («Comunicaciones al cliente»)– y la Circular del Banco de España 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 las entidades mantienen con sus clientes la obligación ineludible de permitirles

36 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.»

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. En definitiva, aun cuando el deudor, para obtener información sobre los movimientos que puedan afectar al saldo deudor a partir del momento de la cesión, deba dirigirse a aquel a quien ha sido cedido el crédito en cuestión, 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 Ley 16/2011 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).

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 TS 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 TS 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.

Comisiones y gastos

Cabe significar, con respecto a los contratos regidos por la Ley 16/2011, 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

Conforme a la vigente regulación (art. 26 de la Ley 16/2011): 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, microempresas y pymes, introducidas tanto por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo como por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

Resulta, asimismo, de aplicación a estos préstamos la Circular 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.

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.

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 vengán 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—.

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. 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, 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 (RD-Ley 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 RD-Ley 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 (CBP), 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 2022 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.

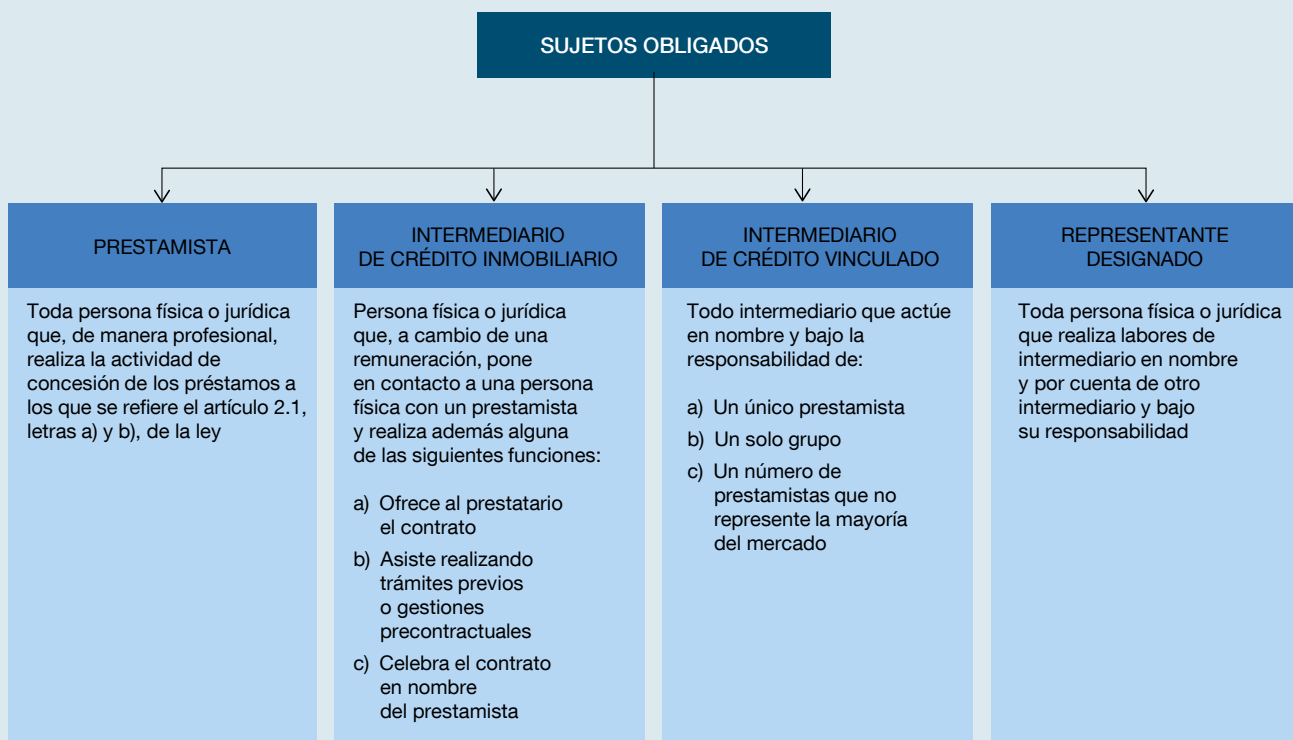
7 Préstamos hipotecarios

7.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable

La Ley 5/2019, cuyos aspectos principales se resumen en el recuadro 3.8, 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, la concesión de préstamos y la prestación de servicios de intermediación

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Esquema 1
SUJETOS OBLIGADOS (NUEVA LEY 5/2019)



FUENTE: Banco de España.

1 Introducción

El 16 de marzo de 2019 se publicó en el BOE la Ley 5/2019, que transpone parcialmente la Directiva 2014/17. La transposición de la directiva se completa en nuestro ordenamiento jurídico con el RD 309/2019 y con la Orden 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 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 2899/2011, 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:

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.

- 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 2899/2011—, y ahora este texto las dota de rango legal. Desde el punto de vista de la transparencia, quizá los 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 de 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 482/2019.

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (cont.)

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 2899/2011.

TAE: la forma de cálculo de la TAE 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 482/2019, que ha incorporado una nueva sección sobre esta materia a la Orden 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 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

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 RD 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.

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 acarrear un claro beneficio a los prestatarios, teniendo debidamente 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

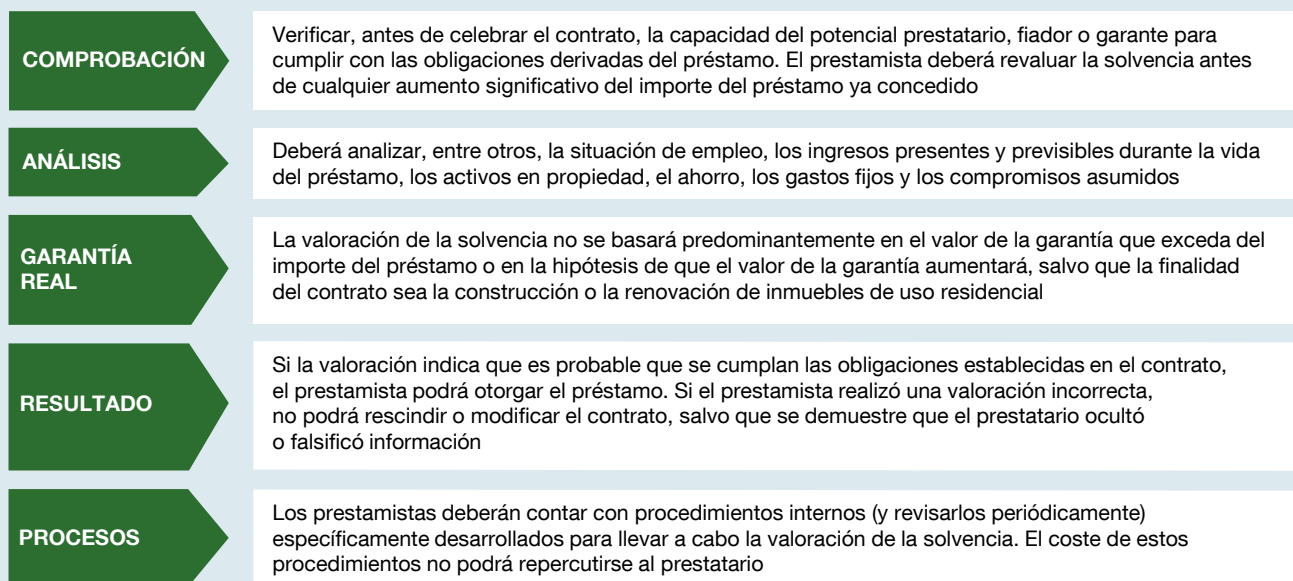
alternativa, que será: i) aquella en la que el prestatario reciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, o ii) la del Estado miembro de residencia del prestatario en el momento de celebrar el contrato o cuando solicite la conversión.

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

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (cont.)

Esquema 4

OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO



FUENTE: Banco de España.

circunstancias que concurren en un préstamo en moneda extranjera, del importe adeudado y del derecho que ostenta de convertirlo a una moneda alternativa.

4 Modificaciones normativas

Reembolso anticipado: 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. Desde el 23 de noviembre de 2022, este límite para la comisión por reembolso se reduce al 0,05 % durante los primeros tres años de vigencia del préstamo.

Asimismo, conforme se ha establecido en el RD-Ley 19/2022, por el que se adoptan diversas medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios, desde el 23 de noviembre de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2023, no se abonarán compensaciones o comisiones por reembolso o amortización anticipada total y parcial de los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable.

Vencimiento anticipado: con el objetivo de que el vencimiento anticipado solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es lo suficientemente significativo, la ley exige, para poder dar por vencido anticipadamente un contrato de préstamo, que concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

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

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (cont.)

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	EXCEPCIONES		
<p>Son aquellas prácticas que conllevan un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros cuando el contrato de préstamo NO se ofrece al prestatario por separado</p> <p>En términos generales, estas prácticas están prohibidas</p>	<p>Autorización por la autoridad competente</p> <p>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 acarrearán un claro beneficio para los prestatarios</p>	<p>Suscripción de pólizas de seguro</p> <p>Prestamistas e intermediarios de crédito podrán exigir la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños</p>	<p>Contratación de productos soporte</p> <p>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</p>
PRÁCTICAS DE VENTAS COMBINADAS	VENTAS VINCULADAS AUTORIZADAS POR AUTORIDAD COMPETENTE Y VENTAS COMBINADAS: REQUISITOS DE INFORMACIÓN		
<p>Es toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria si el contrato de préstamo se ofrece también al prestatario por separado</p> <p>Estas ventas están permitidas</p>	<p>En ambos casos, el prestamista deberá informar al prestatario, de manera expresa y comprensible, de que está contratando un producto vinculado/combinado, y sobre el beneficio/riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone su contratación</p>		
	<p>En las prácticas vinculadas autorizadas, deberá informar asimismo de los efectos que la cancelación anticipada del préstamo o de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos vinculados</p>	<p>En las prácticas combinadas, informará además sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios b) Los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o 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.

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.

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 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 condicionadas³⁷.

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 lo siguiente:

- 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.

³⁷ 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 EBA 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.

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.

En relación con la creación de falsas expectativas en el cliente, ha sido sometido a nuestro dictamen algún caso en el que el reclamante denunciaba la falta de diligencia de la entidad en la tramitación de su solicitud de préstamo hipotecario, ofreciéndole de inicio 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. La entidad alegó que la variación en las condiciones iniciales entraba en su ámbito discrecional de la política de concesión de riesgos. Sin embargo, este Departamento concluyó que la entidad se había apartado 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 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.

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.

En este sentido, durante el ejercicio 2022 se encuentran numerosas reclamaciones en las que se pone de manifiesto la falta de diligencia en la tramitación de novaciones de préstamos hipotecarios de variables a fijos con ocasión del repunte del euríbor, materializada en dilaciones indebidas y cambios al alza de los tipos inicialmente ofrecidos en las simulaciones, lo que conduce al rechazo por el cliente de los tipos actualizados y a la pérdida de la ocasión de haber obtenido mejores ofertas en la competencia. Sobre este particular, a modo de ejemplo, se trae a colación la reclamación R-202215885, en virtud de la cual se planteaba un caso en el que la entidad, ante la solicitud de novación del préstamo hipotecario por parte del cliente, para cambiar de tipo variable a fijo, le informó de que podría novarlo transcurrido un

año desde la formalización. Sin embargo, una vez alcanzado el año, la entidad le comunicó la imposibilidad de acceder al cambio solicitado, justificando dicha decisión en su política de riesgos. En su resolución, este Departamento consideró que, si bien es cierto que la decisión de la entidad sobre la autorización o denegación de la novación solicitada se enmarca dentro de su política comercial y de asunción de riesgos, la entidad se ha alejado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no ha actuado con la diligencia y transparencia debidas ante la solicitud de financiación de su cliente, pudiendo generar falsas expectativas en relación con la operación de novación de tipo de interés solicitada al informarle de la posibilidad de concederle la novación solicitada trascurridos entre uno y dos años.

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.

7.3 Información previa a la contratación

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c³⁸ de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se aprobó la Orden 2899/2011, derogando la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que obligaba a facilitar la información regulada en sus artículos 21 [Ficha de Información Precontractual (FIPRE)] y 22 [Ficha de Información Personalizada (FIPER)]. Del mismo modo, la orden actualmente vigente regulaba en su artículo 23 (actualmente derogado) la oferta vinculante, que, con la de la FIPER, podía facilitarse en un único documento.

La Ley 5/2019 y su normativa de desarrollo —la Orden 482/2019 y el RD 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.

³⁸ 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.

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 de haber recibido la documentación y de que se le ha 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, con 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 defrauden injustificadamente.

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.

Acerca de la entrega de la FIPRE en solicitudes de novación de operaciones hipotecarias, y en el caso de que pudiera cuestionarse su procedencia, este Departamento entiende que, dado que la información general de la FIPRE se refiere a condiciones financieras que la entidad está ofertando en cada momento (ya sea para préstamos a tipo fijo, a tipo variable o mixtos), resulta relevante para el cliente al objeto de poder negociar con la entidad las condiciones aplicables a la novación, siendo así que hurtar al cliente dicha información podría suscitar una situación de asimetría informativa respecto a los nuevos clientes que le puede perjudicar en la negociación. Por otra parte, el artículo 9 de la Ley 5/2019 en ningún momento se refiere a que la FIPRE se entregue solo a los nuevos solicitantes de préstamos, sino que indica que las entidades «facilitarán en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito». Obviamente, en los casos de novaciones, la FEIN solo recogerá las condiciones objeto de modificación y, de ahí, la regulación a tal efecto de la disposición transitoria 1.^a, que pretende que dichas novaciones, aunque afecten a préstamos formalizados antes de la entrada en vigor de la ley, cuenten con la información previa prevista en la ley respecto a las partes contractuales objeto de modificación.

De este modo, en la resolución de la reclamación tramitada con la referencia R-202216120 el DCE consideró que la actuación de la entidad crediticia ante una solicitud de novación modificativa podría haber vulnerado la normativa de transparencia y protección de la clientela

de servicios bancarios y las buenas prácticas bancarias, al no resultar acreditada la entrega por parte de la entidad de la preceptiva FIPRE y el resto de la documentación precontractual obligatoria con información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito de la entidad, que debe contener la información obligatoria exigida por la Ley 5/2019.

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 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—.

En los préstamos sujetos a la Ley 5/2019 y a 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.

Este DCE ha tenido conocimiento de que, en algunos casos, las entidades, con motivo de la solicitud de financiación hipotecaria por parte de sus clientes, exigen para la emisión y entrega de la FEIN u oferta vinculante la apertura previa de una cuenta corriente instrumental, pudiendo constituir dicha exigencia motivo de reclamación ante el DCE. En particular, este Departamento considera que la exigencia por la entidad de la apertura previa de esa cuenta instrumental, amparándose en el artículo 17.4 de la Ley 5/2019, en relación con el artículo 32 *sexies* de la Orden 2899/2011, constituye quebrantamiento de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas y usos bancarios, sobre la base de los siguientes argumentos:

En primer lugar, porque la interpretación literal del artículo 17.4 de la Ley 5/2019 en relación con el artículo 32 *sexies* de la Orden 2899/2011 nos debería llevar a entender que, dado que, según esta última disposición, «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, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del préstamo, pagar intereses del mismo o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago», la entidad estaría legitimada para condicionar la concesión del préstamo a la apertura de dicha cuenta instrumental, lo cual debería recogerse en la propia FEIN, pero no para exigir la previa apertura de la cuenta como requisito para la entrega de la FEIN, pues la norma no ampara dicha actuación. Sí podría exigir la previa contratación de la cuenta para acceder a la formalización del préstamo ante notario si el cliente acepta la FEIN.

En segundo lugar, admitir esta práctica supondría considerar que puede exigirse que la contratación de los productos vinculados previstos en el artículo 17.4 de la Ley 5/2019 sea anterior a la propia entrega de la oferta vinculante (FEIN), lo que desnaturalizaría su carácter de vinculados, que los liga a la formalización del contrato principal de préstamo, y además se abriría la posibilidad de la firma, por ejemplo, de los otros productos vinculados previstos en el artículo 17.3 de la Ley 5/2019, como seguros de amortización o de daños de carácter anual o incluso

plurianual, con antelación a los 14 o 30 días del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del cliente (según sea o no un seguro de vida), que a la fecha de formalización del préstamo hipotecario no podría ya ejercitarlo válidamente para contratarlos con otras compañías, vulnerándose el derecho del cliente previsto en el artículo 17.3 de la Ley 5/2019.

Por último, dicha exigencia resultaría incompatible con el contenido del artículo 10 de la Ley 5/2019, en el que se regula la información precontractual de los préstamos hipotecarios (entrega de la FEIN), ya que, según este, uno de los motivos de la entrega de la oferta personalizada es que el cliente pueda comparar los préstamos disponibles en el mercado, lo que se vería claramente entorpecido si se le obligara al interesado a abrir tantas cuentas como ofertas personalizadas le fueran entregadas.

Sirva como muestra del posicionamiento del DCE sobre este extremo la resolución de la reclamación referenciada como R-202232278, en virtud de la cual este Departamento considera que la actuación de la entidad frente a la que se reclama podría ser contraria a la normativa de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios y las buenas prácticas bancarias, tras haber quedado acreditada la contratación por parte del cliente, a requerimiento de la entidad, de la apertura de una cuenta en la entidad con el fin de abonar los gastos de concesión del préstamo hipotecario solicitado, lo cual conduce a presumir la necesidad de realizar determinadas vinculaciones para avanzar con la operación. En opinión del DCE, la posibilidad de vinculación de una cuenta de pago o ahorro, prevista en el artículo 32 *sexies* de la Orden 482/2019, únicamente puede materializarse *a posteriori*, una vez aceptada por el cliente la FEIN-oferta vinculante, documento en el que se podría exigir su posterior contratación, apreciándose una práctica contraria a los artículos 10 y 14 de la Ley 5/2019, pues en ellos no se prevé la posibilidad de condicionar la entrega de la FEIN, sino que debe entregarse cuando el cliente lo solicite.

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—.

Así las cosas, el DCE entiende que la entidad debería incluir en la información previa [en el caso de los préstamos hipotecarios sujetos a la Ley 5/2019, se incluiría en la FEIN, 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 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 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.

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, 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 préstamo³⁹.

El RD 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 de remisión de documentación entre prestamista y prestatario, que son desarrollados con más detalle en instrucciones de la

³⁹ 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 (DGRN), 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)].

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y en circulares de obligado cumplimiento del Consejo General del Notariado⁴⁰.

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 conocimientos y competencias a las personas que desarrollen la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios.

La Orden 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 2899/2011.

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.

40 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.

En cuanto a la estructura del documento público, el artículo 29 de la vigente Orden 2899/2011 manifiesta que las escrituras públicas en las que se formalizan los préstamos hipotecarios han de contener, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajuste a la información personalizada prevista en la FIPER. Asimismo, se añade que las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. En términos similares se manifiesta la Ley 2/1994 al referirse 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.

7.6 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 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 podrán ser constitutivas de quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

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.

7.7 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).

7.8 Información sobre la provisión de fondos, tramitación administrativa y gastos de formalización de la hipoteca

7.8.1 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.

7.8.2 Régimen de gastos de formalización de la Ley 5/2019

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.

Debe recordarse que en el mencionado artículo 14 además se ordena que, si durante la vigencia del préstamo se produjesen una o varias subrogaciones de acuerdo con la Ley 2/1994, 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 el cálculo de dicha compensación.

7.8.3 Evolución jurisprudencial sobre la cláusula de imposición al consumidor de los gastos de formalización (régimen anterior a la Ley 5/2019)

La sentencia de la Sala de lo Civil del TS n.º 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, 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.

A raíz de dicho pronunciamiento judicial, se presentaron sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, órgano que resolvió en sentencia de 16 de julio de 2020, disponiendo que 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, ante una nulidad de la cláusula que impone el pago de la totalidad de los gastos hipotecarios al consumidor, negara la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula.

Por otro lado, de nuevo el TS, en su sentencia n.º 457/2020, de 24 de julio, ha confirmado, respecto de los gastos notariales y registrales, el reparto de los gastos notariales por mitad entre entidad y cliente, y la atribución íntegra de los gastos registrales al prestamista.

Respecto al 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 RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre), corresponde legalmente su pago al prestatario.

En relación con los gastos de gestoría, la Sala de lo Civil del TS, en su sentencia n.º 555/2020, de 26 de octubre, señala que 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 el 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 TS establece que incumben al banco, y no al consumidor, argumentando que, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que imponga al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada abusiva.

7.9 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 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 el servicio de tasación de una entidad de crédito, conforme a lo previsto en el RD-Ley 24/2021, o bien podrá también ser realizada por un profesional homologado, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, de acuerdo con lo previsto en la Ley 5/2019.

De conformidad con el artículo 18 del RD-Ley 24/2021, 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)⁴¹, 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 estudio previo 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:

- a) Falta de información previa del coste de la tasación.
- b) Falta de autorización para el cargo en cuenta.

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

- c) Disconformidad con el cargo de aquella por denegación de la operación debida a 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.

7.10 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) cierta cantidad 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 del 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.

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. El riesgo de tipo de cambio se materializa en la posibilidad de que, por la evolución de la cotización de la divisa en la que se haya concedido el préstamo, 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. También se han recibido reclamaciones relativas al pago de los vencimientos en la moneda elegida, así como a 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 vigor⁴², la entidad deberá publicar los tipos únicos o los tipos mínimos de compra y máximos

42 Norma cuarta de la Circular del Banco de España 5/2012.

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 TS 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.

De acuerdo con lo expuesto, el TS concluyó 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).

Finalmente, el TS decretó la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, y este quedó como un préstamo concedido y amortizado en euros.

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 BCE, 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 a una moneda alternativa y de 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 determinará, a favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multivisa y permitirá 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 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 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 multivisa— 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.

La UE 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. En otras jurisdicciones, como Reino Unido y Estados Unidos, se está considerando una solución legislativa similar.

En aplicación de este nuevo mecanismo europeo, se publicó 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.

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 en razón de la modificación del tipo de interés por acuerdo del Consejo de Ministros en el marco del plan de vivienda al que esté acogido el préstamo en cuestión. En todo caso, las distintas cuestiones citadas deben ser convenientemente explicadas y justificadas 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.

7.11 Intereses

7.11.1 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 demora⁴³.

43 En el ámbito de préstamos personales de la modalidad *revolving*, también existe una doctrina jurisprudencial sobre el carácter usurario de los intereses remuneratorios, a la que nos referiremos al hablar de esta tipología de préstamos y créditos, derivada de la sentencia del TS n.º 628/2015, de 25 de noviembre, acerca de intereses remuneratorios usurarios en créditos personales de la modalidad *revolving*.

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 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 vigente artículo 26 de la Orden 2899/2011, 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) un documento 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 —artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019)—.

Se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia 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, 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 la toma de valor del tipo de referencia cuando no resulta claro si debe tomarse en consideración el valor del índice correspondiente a un cierto mes, o bien 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 que no opera de forma coherente a lo largo del tiempo. De tal modo que, en la selección del mes al que se refiera el valor del índice con ocasión de cada revisión, la entidad ha de seguir la misma pauta o criterio en cada anualidad o período de revisión; por el contrario, no resulta admisible que en cada revisión la entidad opte por aplicar un criterio de interpretación distinto en función de lo que le resulte más favorable.

- 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 de 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. Igualmente, cuando se trata de tipos de interés de difícil verificación por parte de los clientes, se considera una buena práctica de las entidades de crédito que, de manera clara y accesible para los clientes, 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 estos casos, 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.

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.

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 2022 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. Esto ocurre con 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»), así como con algún otro índice de los eliminados por ley (el «IRPH Cajas» y el «IRPH Bancos»). 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.

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 3.9.

7.11.2 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.

7.11.3 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

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 perjudiciales.

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

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (cont.)

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*

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (cont.)

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 equilibrio 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*

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (cont.)

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 inadmisibile, 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.

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 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.

Con respecto a estas cuestiones prejudiciales, el TJUE se ha pronunciado mediante sentencia de 13 de julio de 2023, indicando, entre otras cosas, que compete al juez nacional valorar si, al ser el IRPH un índice contenido en una circular del Banco de España que se publica en el *BOE*, ello sería suficiente para entender que un consumidor medio puede acceder de manera sencilla a la información relevante sobre el cálculo del índice al que está referenciado su préstamo.

Añade que el juez nacional también deberá valorar si el acceso a esa información (pública) sobre el método de cálculo del IRPH permitía al consumidor comprenderlo y tener conciencia de sus consecuencias económicas, toda vez, además, que en esa cláusula controvertida no se incluía ninguna mención a la Circular 5/1994. Esto último también requerirá que el juez nacional valore «si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio».

Respecto a esa falta de información sobre la Circular 5/1994, el TJUE considera que lo previsto en su preámbulo sobre el IRPH y la aplicación de un diferencial negativo podría tratarse de información útil para el consumidor, al señalar que «el hecho de que la institución autora de la Circular 5/1994 hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las entidades de crédito sobre el tipo de los IRPH en relación con el tipo de interés de mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualarlos con dicho interés constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor».

Finalmente, el TJUE añade que, en la medida en que el carácter abusivo de una cláusula contractual se debe apreciar, entre otros elementos, con referencia a todas las demás cláusulas de un contrato, y dado que, a tenor del preámbulo de la Circular 5/1994, los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista.

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 del 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](#).

7.11.4 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. Y 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.

7.11.5 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.

7.11.6 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.

Con fecha 21 de enero de 2017 se publicó el RD-Ley 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 RD-Ley 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 RD-Ley 1/2017, ni tampoco sobre aquellas que se estén sustanciando o se hayan sustanciado en vía arbitral o judicial.

Para saber más sobre este procedimiento especial, puede consultarse la [información que facilita el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital](#).

No obstante, si bien la cuestión de la evolución jurisprudencial de este tipo de cláusulas ha sido extensamente tratada en memorias anteriores, 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 TS.

En España, el TS reconoció en mayo de 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.

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.

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.

7.11.7 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 —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 TS 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 TS 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 relación a los efectos de la declaración de abusivo y la declaración de nulidad de este género de estipulaciones, el TJUE, en respuesta a diversas cuestiones prejudiciales de órganos judiciales españoles, dictó sentencia el 7 de agosto de 2018, que establece, entre otras conclusiones:

- La validez de la jurisprudencia del TS, 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 TS, 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 Ley 5/2019 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, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC; y no podrá ser capitalizado en ningún caso. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».

7.11.8 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 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 RD 309/2019 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.

7.11.9 Tasa anual equivalente. Especialidades de la Ley 5/2019

Las reclamaciones planteadas ante el DCE en lo relativo a la TAE de operaciones hipotecarias⁴⁴ 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 por mala práctica bancaria.

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,

44 El Portal del Cliente Bancario ofrece una herramienta de simulación para el cálculo de la TAE de un préstamo hipotecario.

fundamentalmente en operaciones a tipo de interés variable, suelen estar bien calculadas. De manera que la mayoría de las reclamaciones se deben a que el cliente no ha tenido en cuenta que la TAE informada en la escritura se ha calculado, además de con los correspondientes gastos iniciales computables, 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 para el supuesto particular de los 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 —letra e) del apartado II del anexo II de la citada ley—. Así, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, para el cálculo de la TAE en los casos señalados 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 ofrecidas⁴⁵ (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).

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.

45 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).

7.12 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 2899/2011).

En los párrafos sucesivos abordaremos el análisis de las comisiones que resulten bien exclusivas de los productos de activo, bien más comunes en estos que en otros productos y servicios bancarios.

7.12.1 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.

7.12.2 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).

7.12.3 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». Así pues, 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 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 también 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.

7.12.4 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 esta 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 —ya que, como más adelante se explicará, la Orden 482/2019, 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 refiere este apartado al pago anticipado de 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. 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.

La 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 a continuación el esquema 3.2.

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

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 9.12.2007 con personas físicas sobre viviendas o con personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión (b) (Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 59)	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)							
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 12 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 12 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: 0,05 % (h)		Después: 0 %	
				Resto de casos: 0 %					

FUENTE: Banco de España.

- a Fecha de entrada en vigor del RD-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 (RD-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 Desde el 24 de noviembre de 2022 —entrada en vigor del RD-Ley 19/2022— y hasta el 31 de diciembre de 2023 no se devengarán compensaciones o comisiones por reembolso o amortización anticipada total y parcial de los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable. A partir del 1 de enero de 2024, se aplicarán estos supuestos excluyentes entre sí, es decir, en caso de establecerse contractualmente, se debe optar por uno u otro.
- h Hasta la entrada en vigor del RD-Ley 19/2022, el 24 de noviembre de 2022, el límite era del 0,15 %. Desde el 24 de noviembre de 2022 —entrada en vigor del RD-Ley 19/2022— y hasta el 31 de diciembre de 2023 no se devengará ningún tipo de comisiones por la conversión de tipo variable a tipo fijo de dichos préstamos y créditos, volviéndose a aplicar el límite del 0,05 % a partir del 1 de enero de 2024.

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.

En la actualidad, el RD-Ley 19/2022, en vigor desde el 24 de noviembre, ha modificado el límite legal para la compensación aplicable a este último supuesto de novación o subrogación de acreedor para el cambio del tipo de interés variable a fijo, dejándolo en el 0,05 %, en lugar del 0,15 % indicado anteriormente.

Asimismo, la disposición adicional primera del referido RD-Ley 19/2022 establece lo siguiente: «A partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2023, no se devengarán compensaciones o comisiones por reembolso o amortización anticipada total y parcial de los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable previsto para los supuestos de hecho contemplados en los apartados 5, y 6 del artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No se devengará durante este período ningún tipo de comisiones por la conversión de tipo variable a tipo fijo de dichos préstamos y créditos.»

Así pues, conforme a este precepto legal, desde el 24 de noviembre de 2022 —fecha de entrada en vigor del RD-Ley 19/2022— hasta el 31 de diciembre de 2023, se suspende el cobro de compensaciones o comisiones previstas en los apartados 5 y 6 del citado artículo 23 de la Ley 5/2019, referidos a las amortizaciones anticipadas totales o parciales de préstamos hipotecarios a tipo variable y a las novaciones o subrogaciones de acreedor cuando supongan la aplicación, durante el resto de la vida del préstamo, de un tipo fijo en sustitución de otro variable, resultando además aplicable la exención con carácter retroactivo para ambos supuestos a todos los préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, con independencia de que se hayan formalizado antes o después de la entrada en vigor de la referida norma.

La Orden 482/2019 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

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.

- 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 12 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.

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, por un lado, de acreditar haber informado a su cliente, con carácter previo a la cancelación, de su coste y, por otro, de 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.

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.

7.12.5 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 el 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.

7.13 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 pudiesen experimentar, a lo largo del tiempo.

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.

7.13.1 Información que se ha de facilitar

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». Esto 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.

Lo mismo es, igualmente, de aplicación en el caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor.

Asimismo, para el supuesto de subrogación de compradores en préstamo promotor fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, 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 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.»

De cualquier manera, 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.

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 TS, 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 subroge 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.

De otra parte, 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 esta según el artículo 1084.

En este sentido, este Departamento considerará apartada de las buenas prácticas la actuación de la entidad crediticia que, ante el fallecimiento de un cotitular en un préstamo hipotecario,

impone la formalización de una novación de este para permitir la sustitución del titular fallecido en el contrato. Y ello en razón de que, para la baja del cotitular fallecido del préstamo hipotecario y su sustitución por sus correspondientes herederos, no se precisa sino acreditar la aceptación de la herencia por dichos herederos, siendo esto igualmente aplicable para la cuenta a la vista vinculada al préstamo.

7.14 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:

7.14.1 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.

7.14.2 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) 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) 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 que es criterio del DCE que las entidades deben 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 tanto, 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 o 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 solicite 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.

7.14.3 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. La normativa en vigor hasta el 16 de junio de 2019 no establecía un plazo para llevar a cabo la novación.

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.

7.14.4 Demoras en la entrega de la oferta vinculante o del certificado de deuda

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.

En relación con esta cuestión, otra circunstancia que se nos ha planteado es la falta de entrega en plazo del certificado de deuda por parte de la entidad acreedora a la entidad subrogante. Así, en el expediente R-202229561 se reclamó sobre la base de que la entidad no entregó a tiempo el certificado de deuda requerido para la subrogación de acreedor, lo que llevó a la caducidad de la FEIN ofrecida y a que no se pudiera firmar la operación con la entidad que pretendía la subrogación. Este Departamento consideró que la entidad acreedora podría haber quebrantado la normativa de transparencia bancaria, dado que no acreditó haber entregado, directamente a la entidad subrogante, el primer certificado de deuda pendiente en el plazo de siete días establecido en la disposición final tercera de la Ley 5/2019, que modifica la redacción del artículo 2 de la Ley 2/1994.

7.15 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.

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, de manera expresa y comprensible, informará al prestatario de:

- que está contratando un producto vinculado;
- el beneficio y el riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación, y

- 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 exponemos 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. Al igual que ocurre con las prácticas vinculadas autorizadas, el prestamista, antes de la contratación de un producto combinado, 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 seguro 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 prestamistas 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 hayan extinguido sus derechos y obligaciones como acreedor, sin que se le haya advertido de estas circunstancias.

Para los préstamos acogidos a la Ley 5/2019, el artículo 23.3 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 las demás actuaciones del 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](#).

7.16 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 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.

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. El Código Civil regula la cesión de créditos en el capítulo VII, título IV, del libro IV, bajo la denominación «De la transmisión de créditos y demás derechos incorpórale» (arts. 1526 y siguientes).

En cuanto a los requisitos para que la cesión produzca efectos frente al deudor y frente a terceros, los más relevantes, a nuestro juicio, son los que siguen:

- Así, es preciso que el deudor tenga conocimiento de la cesión. 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».

- 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.

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.

Sin embargo, existe una potestad reconocida al deudor por el artículo 1535 del Código Civil, según la 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».

No obstante lo anterior, el eventual derecho de extinción de los créditos cedidos por el deudor es una cuestión que excede de las competencias del DCE, de tal modo que cualquier discrepancia o conflicto en relación con este deberá plantearse ante los tribunales de justicia.

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 «la 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 al 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 del que se trate para obtener copia de la escritura de constitución, el folleto de emisión, el informe anual y los informes trimestrales. Detalles adicionales sobre los deberes de información de tales gestoras podrán obtenerse dirigiéndose el reclamante, si lo estima oportuno, a la CNMV.

En relación con dicha titulización de préstamos y créditos hipotecarios, es menester señalar 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, lo cual no obsta para que el titular de la participación esté también legitimado si no recibe los pagos a los que tiene derecho en virtud de la titularidad de la participación.

7.17 Reembolso anticipado, total o parcial. Destino

7.17.1 Introducción

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 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.

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.

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) Discrepancia debida a la aplicación por parte de la entidad del importe cancelado anticipadamente a una finalidad distinta de la solicitada por el cliente.

Las reclamaciones englobadas en el motivo indicado 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 informáticas, 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. En estos supuestos se emitieron informes contrarios a la actuación de la entidad, 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.

- d) Discrepancia por no permitir la posibilidad de cancelación anticipada, parcial o total, en fechas comprendidas entre vencimientos, restringiéndola a la coincidencia con la fecha de vencimiento de las cuotas periódicas. Y ello pese a no tener pactada limitación alguna respecto al momento en que el prestatario puede efectuar la amortización anticipada. 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.

En estos casos, 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, puesto que se 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.

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.

7.17.2 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 bien podría optarse por realizar un recálculo de estas, fijando como nuevo vencimiento final el de la cuota anterior o el propio de la 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.

7.17.3 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.

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.

7.17.4 Prolongación del período de carencia o, en su caso, generación de 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.

7.18 Otros aspectos

7.18.1 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, si el cliente titular del préstamo tiene otras deudas vencidas y exigibles de menor garantía que el préstamo hipotecario, la entidad, al recibir un abono en cuenta, cargue, en primer lugar, en esta 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.

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 llevarla 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 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 realizados a través de cajero automático, 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».

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.

7.18.2 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) 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 basadas en el hecho de que 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, no procedería la devolución de los intereses devengados. 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, el DCE 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. Y ello sin perjuicio de las responsabilidades en las que, como tal, pudiera haber incurrido en materia de seguros, cuya valoración no compete al DCE.

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

Las entidades 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.

7.18.4 Errores en escrituras públicas

En caso de materializarse errores en las escrituras con las que se elevan a públicos los acuerdos alcanzados por las entidades con sus clientes, debe procurarse su rectificación con la mayor brevedad posible. Con carácter general, se precisará 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 facilidades. Si los clientes 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. En caso de que la modificación perjudique a una sola de las partes —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.

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.

7.18.5 Cláusulas de vencimiento anticipado

Son numerosas las reclamaciones en las que se han planteado discrepancias de los prestatarios con las cláusulas de vencimiento anticipado recogidas en sus contratos de préstamo hipotecario, basadas, principalmente, en la pretensión de que se declarasen abusivas y fueran eliminadas del contrato.

En todos los casos, el DCE ha advertido de 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 a 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 TS 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 por 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 relación con el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE por el TS y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, dándose respuesta por aquel, mediante sentencia de 26 de marzo de 2019, resolviendo que:

- no cabe admitir el mantenimiento parcial de las cláusulas de vencimiento anticipado declaradas abusivas, y
- 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 y de la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2019, el TS 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:

- 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.
- Si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato.
- 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.
- 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 la cuantía y duración del contrato de préstamo, y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

7.18.6 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, por lo que deben 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.

7.18.7 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.

Cabe señalar que a lo largo de 2022 se han recibido numerosas reclamaciones en las que los clientes mostraban su disconformidad con la negativa de la entidad a reembolsar los gastos derivados de la inscripción de las transmisiones previas a la cancelación del préstamo hipotecario de su titularidad, conforme al principio de tracto sucesivo, una vez abonados por ellos en el Registro de la Propiedad.

En las reclamaciones de esta tipología, los clientes sostienen que, en el momento de la cancelación registral de su préstamo hipotecario, abonaron la factura correspondiente —emitida, normalmente, a nombre de la entidad reclamada—, en la que constaban los gastos devengados tanto por la propia cancelación de su préstamo como por aquellas modificaciones estructurales que, desde su concesión, y en su caso, habrían provocado la transmisión de este entre distintas entidades, no constando tales traspasos registralmente.

Pues bien, en lo que se refiere al devengo de los gastos por inscripción de las transmisiones previas a la cancelación hipotecaria registral, ha de atenderse, en función de las circunstancias, al artículo 611 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, o bien a la disposición adicional segunda de la Ley 8/2012.

Así, mientras que, conforme al artículo 611 del Reglamento Hipotecario, las transmisiones que accedan al Registro devengarían los honorarios registrales correspondientes, en la disposición adicional segunda de la Ley 8/2012 los aranceles registrales que serán de aplicación en los supuestos de traspasos de activos financieros o inmobiliarios como consecuencia de operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras se ven moderados sustancialmente.

Con relación a este asunto, el TS, en sentencia de 13 de mayo de 2020, en atención a la normativa vigente que resulta de aplicación, concluye que la transmisión de la titularidad de derechos reales de hipoteca, derivada de una modificación estructural realizada entre entidades bancarias por razones de conveniencia empresarial, y no de saneamiento y reestructuración de estas, no da lugar, al inscribir la escritura de cancelación de tales derechos, a que la minuta de honorarios del registrador de la propiedad pueda poner a cargo del prestatario no solo los derivados de la cancelación, sino también, y además, los derivados de aquella transmisión, señalando que ello no resulta admisible «[...] ni al amparo de la Disposición adicional segunda de la Ley 8/2012, ni al amparo, tampoco del art. 611 del Reglamento Hipotecario».

En estos casos en los que la entidad se niega a reembolsar los indicados gastos registrales, se considera que existe una vulneración de los criterios de buenas prácticas que han de presidir la actuación de las entidades. En concreto, la falta de explicaciones adecuadas acerca de las razones por las que no ha considerado procedente reintegrar a su cliente los gastos abonados por este por la inscripción de unas transmisiones que se realizaron en su propio interés, según la interpretación dada por el TS en su sentencia de 13 de mayo de 2020.

7.18.8 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 que 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.

7.18.9 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.

7.18.10 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 adquiriera dicha condición como consecuencia de procesos de fusión o de adquisición de activos, deberá respetar las condiciones pactadas con el cliente.

7.18.11 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.

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 Ley 5/2012, «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 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 Ley 5/2012).

Por razón de la actividad que los intermediarios de crédito inmobiliario venían desarrollando antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2012, 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 esta ley 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 solicitarla⁴⁶.

46 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.

También corresponde al Banco de España (art. 33 de la Ley 5/2012) la supervisión de estos intervinientes en el mercado, debiendo asegurarse no solo de que consten en el citado registro, sino también del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 5/2012 y en su normativa de desarrollo.

En cuanto a su actividad para con la clientela, el artículo 35 de la Ley 5/2012 establece los requisitos de información que se han de facilitar a los clientes con la suficiente antelación respecto 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 en dificultades

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.

Cabe comenzar recordando que, en nuestro país, la contratación está regida por el principio de libertad de pactos consagrado en el Código Civil⁴⁷. 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 en la 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.

47 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.»

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 mitigadoras de 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 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 como «préstamo responsable», que imponen a las entidades obligaciones referidas no solo a la valoración prudente del bien hipotecado, sino también 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.

En este apartado, bajo el título «Deudores hipotecarios en dificultades», se va a analizar el segundo bloque de medidas, es decir, las mencionadas anteriormente como mitigadoras, 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 encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Igualmente, debemos destacar los trabajos llevados a cabo por parte de la EBA —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 cuestión⁴⁸.

Así, la directriz publicada sobre demoras y ejecución hipotecaria⁴⁹ prevería, entre otras cuestiones, que las entidades deben proporcionar una ayuda eficaz a los consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos derivados de sus créditos hipotecarios, a través de las siguientes vías:

- el establecimiento por parte de la entidad de políticas y procedimientos para detectar, tan pronto como sea posible, a aquellos consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos;
- la colaboración activa con el consumidor, de cara a establecer las causas de la aparición de dichas dificultades y, de esta manera, facilitar el proceso de identificación de las soluciones oportunas;

48 Ambos textos pueden consultarse [aquí](#).

49 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.

- 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 hipoteca⁵⁰, recogió, en lo que concierne a esta materia, buenas prácticas sectoriales, relativas, por un lado, a la identificación, en una fase 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 RD-Ley 6/2012, que contiene en el anexo el CBP para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Si bien este RD-Ley 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 han sido incorporadas mediante las siguientes disposiciones:

- La Ley 1/2013, que prevé la modificación de distintas normas en materia hipotecaria, entre otras el RD-Ley 6/2012.
- El RD-Ley 1/2015, que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, dio lugar a la promulgación de la Ley 25/2015 y que se enmarca en la llamada «legislación de segunda oportunidad».
- El RD-Ley 5/2017, que tiene por objeto ampliar la protección otorgada, a través de la ampliación del colectivo de familias que pueden beneficiarse del CBP y del plazo de la suspensión de los lanzamientos.
- La ley 5/2019, que introduce una ligera modificación al RD-Ley 6/2012 y amplía su ámbito de aplicación objetivo.

50 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.

- El RD-Ley 19/2022, en el que, principalmente, se establece un CBP para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual.

Respecto a esta última modificación, interesa reseñar que, además de modificar el CBP, se ha introducido un nuevo Código de Buenas Prácticas (NCBP), conformado por un conjunto de medidas dirigidas a aliviar la carga financiera de los deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad por la subida de los tipos de interés. Estas medidas se dirigen a aquellos ciudadanos que se encuentren en situación de dificultad para afrontar sus cuotas hipotecarias, pero sin alcanzar los niveles de vulnerabilidad previstos para quienes se benefician del CBP. Además, tienen un alcance temporal, pues solo podrán solicitarse hasta el 31 de diciembre de 2024.

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 CBP 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 RD-Ley 1/2015, el RD-Ley 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. En el caso de la última versión, tras las modificaciones introducidas por el RD-Ley 19/2022, el plazo se ha reducido a dos semanas.

Mediante la Resolución de 16 de diciembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 29), se publicó la última actualización de la lista de entidades que han comunicado su adhesión al CBP para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual. De este modo, 84 entidades están adheridas al Código en la redacción dada por el RD-Ley 19/2022.

Con respecto al NCBP, se publicó la lista de entidades que han comunicado su adhesión al CBP para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad mediante Resolución de 17 de enero de 2023, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (*BOE* de 19). Así, un total de 54 entidades se han adherido y, debido al carácter temporal de este, permanecerán adheridas mientras siga en vigor. El listado de entidades adheridas a este NCBP no tiene por qué coincidir con las adheridas al CBP, al tratarse de listas independientes.

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.

La publicación del RD-Ley 19/2022 trajo consigo la introducción de distintas iniciativas para la promoción de la educación financiera de deudores hipotecarios en dificultades o en riesgo de vulnerabilidad.

La primera de ellas se materializó en la publicación en marzo de 2023 por este DCE de la *Guía de herramientas para el deudor hipotecario en dificultades de pago*, en términos adaptados y comprensibles. Incluye el contenido relativo a las medidas de los códigos de buenas prácticas dirigidos a deudores hipotecarios y a los mecanismos de exoneración del pasivo previstos para personas físicas en la legislación concursal, con ejemplos específicos de supuestos de hecho de deudores en diferentes situaciones y las alternativas que se han de considerar.

La segunda consistió en el desarrollo y puesta a disposición en el Portal del Cliente Bancario del «*Simulador de elegibilidad y aplicación de las medidas de los distintos Códigos de Buenas Prácticas*» a finales de marzo de 2023. Tras la introducción de los datos particulares, el deudor puede conocer su elegibilidad tanto para el CBP de 2012 como para el NCBP, así como el impacto que tendría en la cuota o la posible aplicación de un período de carencia.

A continuación puede verse un esquema muy ilustrativo, el esquema 3.3, acerca de la protección otorgada, en virtud de la citada regulación, a los deudores hipotecarios en dificultades de pago.

PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN DIFICULTADES

	Nuevo Código de Buenas Prácticas del RD-Ley 19/2022, para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad	Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (RD-Ley 6/2012)	
	NCBP	CBP Si el aumento del esfuerzo para el pago de la hipoteca es menor del 50 %	CBP Si el aumento del esfuerzo para el pago de la hipoteca es de, al menos, el 50 %
¿Qué tendría que cumplir?	Que la unidad familiar tenga unos ingresos inferiores a 29.400 € con carácter general (37.800 € o 46.200 € en casos de discapacidad o enfermedad). Ingresos de la unidad familiar inferiores a 3,5 veces el IPREM anual de 14 pagas (o 4,5 o 5,5 veces en caso de discapacidad o enfermedad)	Que la unidad familiar tenga unos ingresos inferiores a 25.200 € con carácter general (33.600 € o 42.000 € en casos de discapacidad o enfermedad). Ingresos de la unidad familiar inferiores a 3 veces el IPREM anual de 14 pagas (o a 4 o 5 veces en casos de discapacidad o enfermedad)	
	Que la cuota hipotecaria sea más del 30 % de los ingresos netos (pagados impuestos) de la unidad familiar	Que la cuota hipotecaria sea superior al 50 % de los ingresos netos (después de impuestos) de la unidad familiar (se rebaja al 40 % en casos de discapacidad o enfermedad)	
	Que en los 4 años anteriores a la solicitud: i) el esfuerzo (porcentaje de los ingresos) que supone el pago de la hipoteca sea al menos un 20 % más de lo que suponía hace 4 años, o ii) la unidad familiar se encuentre en situación de especial vulnerabilidad	Que en los 4 años anteriores a la solicitud: i) el esfuerzo (porcentaje de los ingresos) que supone el pago de la hipoteca haya aumentado, pero menos del 50 % de lo que suponía hace 4 años, y ii) la unidad familiar no se encuentre en situación de especial vulnerabilidad	Que en los 4 años anteriores a la solicitud: i) el esfuerzo (porcentaje de los ingresos) que supone el pago de la hipoteca sea al menos un 50 % más de lo que suponía hace 4 años, o ii) la unidad familiar se encuentre en situación de especial vulnerabilidad
¿Qué podría solicitar?	i) Ampliación del plazo de amortización del préstamo hasta 7 años, siempre que la duración total del préstamo no supere los 40 años (desde que se concedió hasta que termina de amortizarse), pero limitada la rebaja del importe a pagar a lo que se pagara en junio de 2022 Si se quiere (OPCIONAL), se puede pedir también congelar la cuota hipotecaria por un período de 12 meses, con el límite de la cuota pagada en junio de 2022. Si se solicita esto, sobre el capital aún no amortizado se aplicará un tipo de interés reducido (el que permita que el valor actual neto del préstamo se reduzca en un 0,5 %) o ii) El cambio de tipo variable a tipo fijo (si bien el tipo de interés fijo será el que decida libremente la entidad)	i) Pagar solo los intereses del préstamo durante 2 años (período de carencia) + ii) Ampliación del plazo de amortización del préstamo hasta 7 años, siempre que la duración total del préstamo no supere los 40 años (desde que se concedió hasta que termina de amortizarse) + iii) Reducción del tipo de interés (coste) durante el período de carencia , de forma que el valor actual neto del préstamo disminuya en un 0,5 %	i) Pagar solo los intereses del préstamo durante 5 años (período de carencia) + ii) Ampliación del plazo de amortización del préstamo hasta un máximo de 40 años (desde que se concedió hasta que termina de amortizarse), sin límite de años a añadir + iii) El tipo de interés máximo durante el período de carencia será del euríbor menos el 10 % (si el euríbor es del 3,5 %, el tipo de interés a aplicar será del 3,4 %)
	El RD 19/2022 introduce aspectos adicionales: i) permite que se solicite un segundo plan de reestructuración; ii) amplía a dos años el plazo para solicitar la dación en pago de la vivienda habitual, y iii) ligado a lo anterior, amplía a 12 meses el plazo para solicitar que se le alquile la vivienda que ha sido entregada en pago de la deuda		

FUENTE: Banco de España.

8.1.3 Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual

Medidas

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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 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 RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012, fruto de las modificaciones introducidas en la versión originaria a través de la Ley 1/2013, el RD-Ley 1/2015, el RD-Ley 5/2017, la Ley 5/2019 y el RD-Ley 19/2022.

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 del RD-Ley 19/2022⁵¹, o bien en los 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 concurren 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:

«1 Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM⁵² anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá

51 En vigor a partir del 24 de noviembre de 2022.

52 El IPREM para 2022 —período al que se refiere esta Memoria—, 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 RD-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.

Por su parte, el IPREM para 2023, de acuerdo con la disposición adicional nonagésima, sobre determinación del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) para 2023, de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, será:

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 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 incrementado.

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.

a) EL IPREM diario, 20 euros.

b) El IPREM mensual, 600 euros.

c) El IPREM anual, 7.200 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 RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 8.400 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 7.200 euros.

- 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 o de trata o explotación sexual.
 - 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 RD-Ley 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 deudor o de los deudores 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 RD-Ley 6/2012⁵³.

53 «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 CBP.»

Ahora bien, cabe la posibilidad de que en un caso concreto las entidades puedan tener por acreditada la exclusión, con independencia de que el deudor no haya presentado todos los documentos exigidos por el artículo 3.3 del RD-Ley 6/2012. Es esta consideración, y no la presentación completa de la lista de documentos del artículo 3.3 a la 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 TS —sentencia n.º 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 n.º 207/2018. Tras la última redacción del CBP dada por el RD-Ley 19/2022, el deudor estará exonerado de su acreditación ante la entidad si el banco tiene en su poder datos o documentación acreditativa de su inclusión o no en el umbral. En este mismo sentido —indica la norma—, el deudor podrá autorizar al banco, expresamente y por escrito, a que obtenga información directamente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, entidades gestoras de la Seguridad Social y Registros de la Propiedad y Mercantiles.

A lo largo de los años, desde la aprobación del RD-Ley 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 RD-Ley 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 los que debía hacer frente de forma recurrente —por ejemplo, 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 —por ejemplo, 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 la final —en el momento de la solicitud de aplicación del CBP— exija condiciones incluso más penosas, de modo que la tasa de esfuerzo se haya incrementado en, al menos, un 50 %.

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 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, aun en el caso de que no reúna los requisitos para ser considerado como unidad familiar.

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 respuesta⁵⁴. 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.

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

- En 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 RD-Ley 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 de 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 RD-Ley 6/2012—, sus ingresos no se tendrán en cuenta para determinar si el deudor está en el umbral de exclusión.

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 la entidad 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012.

En este sentido se ha pronunciado la sentencia 187/2018 del TS, 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 CBP⁵⁵ 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 concurren las circunstancias para considerarlos incluidos dentro del umbral de exclusión».

Asimismo, respecto a cómo ha de interpretarse la expresión «cuando en ambos concurren», 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 RD-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

55 Consulta 25 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 que 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 RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012, en su párrafo segundo, establece⁵⁶ que «las medidas previstas en este real-decreto ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del

⁵⁶ A partir de la redacción dada por la Ley 1/2013.

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 real decreto-ley 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 RD-Ley 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.

Para ello resulta fundamental que la entidad acreedora, tan pronto como 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 RD-Ley 6/2012. El DCE manifestó que no podía emitir pronunciamiento sobre la cuestión planteada, puesto que se enmarcaba 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

El CBP contempla la protección del deudor hipotecario, con independencia de la fecha de formalización del préstamo. Así, el artículo 2 del RD-Ley 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.»

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 —por ejemplo, segunda residencia del deudor, local de negocio u otras—.

El RD-Ley 6/2012 establece unos parámetros de sujeción al CBP, señalando que procede la aplicación de este cuando el precio de adquisición de la vivienda no exceda de determinados valores, cuyo cálculo se recoge en la norma.

Además, establece un doble régimen en cuanto a los requisitos exigibles para acceder a unas medidas y a otras: 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 RD-Ley 6/2012 es la siguiente:

«2 La aplicación del CBP 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 Urbana⁵⁷ —Ministerio de Fomento, en redacción dada por el RD-Ley 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—.

57 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 IVA⁵⁸ y que, cuando la norma hace referencia a la extensión del inmueble, se refiere a los metros cuadrados construidos⁵⁹.

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 RD-Ley 6/2012—, puesto 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 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 RD-Ley 6/2012 operada por la Ley 1/2013⁶⁰, 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 RD-Ley 6/2012 —si bien no tiene por qué financiar única y exclusivamente dicha vivienda—.

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

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

60 En la versión originaria del Código dada por el RD-Ley 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.

8.3 Tramitación

8.3.1 Publicidad

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. Además, debe facilitar un teléfono y una dirección de correo electrónico donde responder a dudas y recibir las solicitudes de los clientes, así como información sobre las medidas en un lugar destacado de su sitio web y a través de su red comercial de oficinas.

El artículo 5.9 del RD-Ley 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 CBP 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 RD-Ley 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.

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 esta—. 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 RD-Ley 6/2012 —el artículo 3.3 del RD-Ley 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 las causas invocadas, 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 están 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»⁶¹. Al contrario, se deberá especificar qué concretos requisitos exigidos por el RD-Ley 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 poder enmendar su actuación lo antes posible y continuar así con el procedimiento, o, en su caso, 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.

Según establece el apartado 7 del artículo 5 del RD-Ley 6/2012, «el contenido del CBP resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este real decreto-ley». Tras la última redacción dada por el RD-Ley 19/2022 se añade el siguiente párrafo: «En particular, desde la adhesión, el contenido del CBP se incorporará a toda la cartera de contratos de la entidad adherida y su contenido será oponible a terceros, de manera que aun no habiendo disfrutado el deudor de las medidas que se incorporan al mismo, se mantendrá su derecho a instarlas durante el tiempo de su vigencia. Las entidades adoptarán las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los deudores en caso de cesión del crédito a un tercero.» 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 RD-Ley 6/2012, en virtud del cual «las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del CBP 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 «los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del RD-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».

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

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 reestructuración⁶².

El propio artículo 5.4 del RD-Ley 6/2012, precepto que merece la consideración de norma de ordenación y disciplina, establece que «desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del CBP».

De conformidad con el tenor 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 TS –Sección Tercera de la Sala Tercera– en el recurso de casación n.º 675/2020.

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 reestructuración⁶³. Esta situación se daría en aquellos supuestos en los que se hubiera suspendido la subasta por un período superior a 15 días, de acuerdo con el artículo 649.2 de la LEC⁶⁴. 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 *BOE*. 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 hipotecaria⁶⁵, en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 645 de la LEC⁶⁶.

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

63 Consulta 28.a del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

64 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.»

65 Consulta 28.b del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

66 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.»

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 RD-Ley 6/2012.

Las condiciones financieras concretas dependerán de cuánto se haya incrementado el esfuerzo que representa la carga hipotecaria sobre la renta familiar y si concurre algún supuesto de especial vulnerabilidad, de modo que:

- 1 Si la tasa de esfuerzo se ha incrementado en al menos 1,5 o concurre alguna circunstancia de especial vulnerabilidad, el plan de reestructuración debe contener:
 - a) Carencia en la amortización de capital de cinco años. Esto supone que, durante cinco años desde la aprobación del plan, el deudor solo pagará los intereses. El capital que se deja de pagar durante ese período podrá pasarse a una cuota final al término del préstamo o prorratearse en las cuotas restantes (también se puede realizar una combinación de ambas opciones).
 - b) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo. La ampliación del plazo de amortización del préstamo supone que las cuotas mensuales (tras la finalización del período de carencia) serán de un importe menor al que tenían originalmente.
 - c) En los préstamos con tipo de interés variable, durante el período de carencia el interés se reduce al euríbor menos el 0,10 %. Así, durante los cinco primeros años desde la aprobación del plan, el deudor solo pagará la cantidad que resulte de aplicar al capital pendiente un tipo de interés del euríbor menos 0,10 puntos porcentuales. Si el préstamo es a tipo fijo, durante el período de carencia se aplica el tipo fijo actual.
- 2 Si la tasa de esfuerzo se ha incrementado en menos de 1,5, se aplican las siguientes condiciones:
 - a) Carencia en la amortización de capital de dos años.
 - b) Ampliación del plazo de amortización hasta siete años, sin superar 40 años desde la concesión del préstamo.
 - c) Reducción del tipo de interés aplicable durante la carencia a aquel que suponga una reducción del 0,5 % del valor actual neto del préstamo de acuerdo con la normativa vigente

En todas las reestructuraciones, con independencia de cuánto haya aumentado la tasa de esfuerzo:

- Se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

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

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; esta, 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 RD-Ley 6/2012.

De cualquier manera, 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 hipotecaria⁶⁷.

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 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 %⁶⁸ 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 actuales⁶⁹. 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»—⁷⁰.

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

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

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

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

En 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 registro⁷¹. Así, el propio artículo 5.4 del RD-Ley 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 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.

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 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 sustantivas⁷² impuestas.

Por lo que se refiere a los efectos de la novación del contrato, el artículo 5.5 del RD-Ley 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.»

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

72 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.

El artículo 4.3⁷³ 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 CBP⁷⁴ 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 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 titulado el préstamo hipotecario, se dan los presupuestos para la aplicación del CBP, por cuanto la entidad está adherida a él y la parte prestataria ha presentado la correspondiente solicitud acreditando que se encuentra en el umbral de exclusión. 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

73 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.»

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

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 habet*.

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: «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 RD-Ley 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. Por cuanto 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 considerarse 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 CBP⁷⁵, el hecho de que un préstamo se encuentre titulizado no excluye, de entrada, la aplicación del Código, puesto que no existe previsión legal al respecto.

75 Consulta 19 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 TS, 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 segunda instancia se consideró inviable reactivar el préstamo hipotecario una vez ejecutada la garantía, el Alto Tribunal estimó la reestructuración solicitada, por cuanto: i) el banco debía haberla atendido, y ii) 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, bien acerca de la ausencia misma de formulación de un plan.

En algunas ocasiones se han visto reclamaciones en las que la entidad ha condicionado 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 cargada posterior 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.

Por cuanto 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 condicionantes 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 RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012.

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 RD-Ley 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—.

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 24 meses desde que se produjo la solicitud de reestructuración de deuda o en un momento posterior para aquellos deudores que tengan aprobado y en curso un plan de reestructuración y observen su imposibilidad de atender los pagos. Si no se cumplen estos requisitos, 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 %⁷⁶.

⁷⁶ En la primera versión del Código, este tipo ascendía al 20 %.

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 RD-Ley 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 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 lanzamiento⁷⁷.

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.

⁷⁷ Se podrá aplicar la suspensión del lanzamiento hasta transcurridos 11 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 RD-Ley 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.

- 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.

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 14 pagas. Dicho límite será de cuatro veces el IPREM anual de 14 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. Para las suspensiones anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 19/2022, la solicitud debe realizarse dentro de los 12 meses siguientes, esto es, puede hacerse hasta el 24 de noviembre de 2023. 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 el RD-Ley 24/2021.

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 RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012, será el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados un 2 %⁷⁸ 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

⁷⁸ En la versión originaria del RD-Ley 6/2012, este porcentaje ascendía al 2,5 %.

completa. En la práctica, es evidente que la entidad no lo puede hacer de forma inmediata, puesto 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 CBP⁷⁹ 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 RD-Ley 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 real decreto-ley.

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.

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 RD-Ley 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 documentados⁸⁰.
- 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

⁷⁹ Consulta 20 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

⁸⁰ El artículo 8 del RD-Ley 6/2012 introdujo una modificación en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RDLeg 1/1993, de 24 de septiembre, en virtud de la cual se añadió el número 23 al artículo 45.I.B) de dicho texto.

Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el RDLeg 2/2004, de 5 de marzo⁸¹.

- En cuanto 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 patrimonio⁸².

81 El artículo 9 del RD-Ley 6/2012 estableció una modificación en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, que afectaba al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, añadiendo un apartado 3 al artículo 106 de dicho texto refundido. No obstante esto, mediante el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y la posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se suprime el artículo 106.3 del texto refundido al que nos estamos refiriendo. Pese a esto, con estas disposiciones se introdujo una exención al impuesto ahora estudiado, sin que esta se refiera en exclusiva al ámbito del RD-Ley 6/2012, sino que alcanza 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 concurren los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

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

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

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

82 El artículo 10 del RD-Ley 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 RDLeg 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 RD-ley 6/2012. Por otro lado, con efectos desde el 1 de enero de 2014 y ejercicios anteriores no prescritos, por el artículo 122.1 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y el posterior artículo 122.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se añade la letra d) del apartado 4 del artículo 33 de la Ley 35/2006, sin que la exención establecida se refiera en exclusiva al ámbito del RD-Ley 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 concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias, judiciales o notariales.

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

- Los derechos arancelarios notariales y registrales por la formalización e inscripción de las novaciones por la reestructuración de deuda serán satisfechos por la entidad acreedora y se bonificarán en un 75 %⁸³.
- 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 hipotecado⁸⁴.

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 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, por cuanto 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 RD-Ley 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

Como ya se ha dicho anteriormente, la finalidad de la reestructuración de la deuda conforme al CBP es alcanzar su viabilidad a medio y a largo plazo. Aprobado el plan de reestructuración, se establece un período de carencia durante el cual el deudor satisfará un tipo de interés reducido. Finalizado este, las cuotas del préstamo comprenderán capital e intereses, de acuerdo con las condiciones inicialmente pactadas —o novadas posteriormente—.

83 Artículo 11.1 del RD-Ley 6/2012.

84 Artículo 11.2 del RD-Ley 6/2012.

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.

Si bien en versiones anteriores del Código no cabía esta posibilidad, desde la redacción dada por el RD-Ley 19/2022, si al terminar el período de carencia el deudor continúa estando en el umbral de exclusión, podrá solicitar un segundo plan de reestructuración, que comprenderá una nueva carencia de capital de cinco años y la aplicación, en ese período, de un tipo de interés reducido, conforme a lo explicado anteriormente.

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 sobrevinida en un momento posterior—, la entidad deberá estudiar la aplicación de esta segunda medida cuando se reúnan los 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 12 meses desde la solicitud de reestructuración, y siempre que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables⁸⁵.

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2022 en las que se solicita 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 RD-Ley 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

⁸⁵ Consulta 30 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012 —por ejemplo, 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 las que su conducta pudiera haber dado lugar⁸⁶.

Por otro lado, la entidad debe cumplir los mandatos del RD-Ley 6/2012 en sus términos y, más en particular, con las obligaciones del propio CBP, al que voluntariamente se ha adherido. Por lo que se refiere al régimen sancionador aplicable a la entidad, el artículo 15 del RD-Ley 6/2012 dispone:

«Artículo 15. Régimen sancionador

Lo previsto en los apartados 4, 7 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 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de 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.»

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 RD-Ley 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 «Publicidad».
- 2 El artículo 5.4 del RD-Ley 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 5.7 del RD-Ley 6/2012, que establece la obligatoriedad para la entidad adherida al CBP de aplicar las previsiones de este aunque haya cedido el crédito a un tercero.

⁸⁶ Artículo 7 del RD-Ley 6/2012.

- 4 El artículo 6.5 del RD-Ley 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.
 - 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 correspondientes⁸⁷ 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 Departamento de Conducta de Entidades

Durante los últimos años, el DCE ha dedicado importantes esfuerzos a verificar la correcta aplicación, por parte de las entidades adheridas, del RD-Ley 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 RD-Ley 6/2012.

87 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.»

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.

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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 de un modelo de solicitud al cliente de la documentación pendiente de aportación.
- Dejar constancia de la fecha en la que es presentada por parte del 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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 la situación en el umbral de exclusión, un plan de reestructuración en el que se

especifiquen 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 RD-Ley 6/2012.
 - Acompañar la comunicación de inviabilidad del 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 RD-Ley 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 RD-Ley 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. 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 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.

Por otro lado, el cumplimiento del CBP por parte de las entidades adheridas será supervisado por una Comisión de Control constituida al efecto⁸⁸.

⁸⁸ 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 CBP, 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.

Entre las funciones de la Comisión figuran recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España y publicar semestralmente un informe en el que se evalúe el grado de cumplimiento del CBP. Este informe debe remitirse a la Comisión de Economía y Competitividad 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 RD-Ley 6/2012 por la Ley 1/2013, está integrada por 14 miembros: uno nombrado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en la redacción dada por el RD-Ley 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 por el Consejo de Consumidores y Usuarios; dos designados por las asociaciones no gubernamentales —que son determinados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para que realicen labores de apoyo social y acogida—, y tres representantes del sector financiero —bancos, cajas de ahorros y fundaciones bancarias y cooperativas de crédito—, esto es, uno por cada asociación representativa de sus intereses.

8.6 Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad

El reciente incremento de los tipos de interés destinado a contener el escenario de inflación derivado del complejo contexto internacional ha supuesto para todas aquellas familias que tienen hipotecas a interés variable un notable aumento en la cuota hipotecaria mensual que deben afrontar. El legislador, no ajeno a esta circunstancia, ha aprobado un conjunto de medidas que persiguen aliviar la carga financiera de los hogares que han devenido en una situación de vulnerabilidad como consecuencia del alza de los tipos de interés.

Este NCBP, de naturaleza transitoria, persigue el alivio de la carga financiera de los deudores hipotecarios de clase media en riesgo de vulnerabilidad por la subida de tipos de interés.

RESUMEN COMPARATIVO ENTRE LOS REQUISITOS DEL CBP Y DEL NCBP

NCBP	CBP
<p>El NCBP mantiene el esquema de ingresos del CBP del RD-Ley 6/2012, pero eleva sus cuantías</p> <p>En el NCBP, las cuantías son de 3,5 veces el IPREM con carácter general y 4,5 veces o 5,5 veces en los casos especialmente tipificados, que son los mismos que en el CBP del RD-Ley 6/2012</p>	<p>En el CBP del RD-Ley 6/2012, estas cuantías son de 3 veces el IPREM, 4 veces y 5 veces</p>
<p>En el NCBP se requiere que la cuota represente al menos el 30 % de los ingresos netos de la unidad familiar</p>	<p>En el CBP del RD-Ley 6/2012, la cuota debe representar al menos el 50 % de dichos ingresos netos, o el 40 % en los casos tipificados</p>
<p>En el NCBP se requiere que la tasa de esfuerzo que supone el pago de la cuota sea al menos un 1,2 mayor que la tasa de esfuerzo de 4 años antes</p>	<p>En el CBP del RD-Ley 6/2012 se requiere solo que haya aumentado la tasa de esfuerzo para cumplir el requisito</p> <p>Si se incrementa en, al menos, el 1,5 se aplicarían las medidas más beneficiosas de la reestructuración</p>
<p>Los criterios de vulnerabilidad del NCBP son más reducidos que los criterios del CBP del RD-Ley 6/2012</p>	<p>En el CBP del RD-Ley 6/2012 se añaden la familia numerosa, la monoparental con hijos a su cargo, si hay menores de edad, o si el deudor tiene más de 60 años</p>

FUENTE: Banco de España.

Como ya se avanzó, este nuevo CBP se regula a través del RD-Ley 19/2022 y sus medidas concretas, y el detalle de los requisitos ha sido desarrollado mediante la Resolución de 23 de noviembre de 2022 de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.

Dado que comparte aspectos comunes con el CBP del RD-Ley 6/2012, nos remitiremos a lo ya explicado en el epígrafe anterior, subrayando las principales diferencias y aspectos singulares de este nuevo CBP. En este sentido, resulta bastante útil el esquema 3.4, en el que se recoge un cuadro comparativo de los requisitos establecidos en ambos CBP, así como el esquema 3.5, en el que se comparan las medidas que pueden adoptarse en el marco de cada CBP.

8.6.1 Requisitos para la aplicación

Ámbito objetivo

El NCBP será de aplicación a aquellos préstamos o créditos garantizados con hipoteca otorgados antes del 31 de diciembre de 2022, sobre la vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, cuyo precio de adquisición no exceda de 300.000 euros. El plazo para instar las solicitudes se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2024.

Ámbito subjetivo

Los deudores elegibles por encontrarse en riesgo de vulnerabilidad deberán cumplir con los siguientes criterios subjetivos:

- 1 Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de 3,5 veces el IPREM anual de 14 pagas (29.400 € para 2023).
 - Podrá ser de 4,5 veces el IPREM anual de 14 pagas (37.800 € para 2023) si algún miembro de la unidad familiar tiene declarada una discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
 - Podrá ser de 5,5 veces el IPREM anual de 14 pagas (46.200 € para 2023) si un deudor hipotecario es 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.
- 2 Que la cuota hipotecaria resulte superior al 30 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, siendo los ingresos netos los ingresos brutos menos impuestos y cotizaciones sociales.
- 3 Que se cumpla una de las siguientes premisas:
 - que la tasa de esfuerzo para hacer frente a la cuota hipotecaria, es decir, el porcentaje de los ingresos que la unidad familiar ha dedicado al pago de la hipoteca, se haya multiplicado por al menos 1,2, comparando el momento de presentación de la solicitud y los cuatro años anteriores, o bien
 - que hayan sobrevenido las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad que se especifican en la norma, sin que se puedan extender a otras no previstas legalmente.

Se entiende que están en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

- La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada una discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- 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

RESUMEN COMPARATIVO ENTRE MEDIDAS DEL CBP Y DEL NCBP**POSIBLES MEDIDAS**

CBP	NCBP
<p>Reestructuración: con ampliación de plazo, carencia y reducción de tipos. En caso de no ser viable esta reestructuración:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Posibilidad de acogerse a medidas complementarias (quita) — Posibilidad de acogerse a medidas sustitutivas (dación en pago) 	<p>Novación: pudiendo elegir entre:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Ampliación de plazo con posibilidad de mantener durante un año la cuota de 1 de junio del 2022 — Conversión de tipo variable a fijo

FUENTE: Banco de España.

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.

- La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género o que sea víctima de trata o explotación sexual.

Medidas

El deudor elegible que cumpla con los requisitos podrá optar por la novación del préstamo hipotecario con alguna de las siguientes opciones: ampliación del plazo total del préstamo o la conversión del cálculo del tipo de interés de variable a fijo.

- a) Ampliación del plazo total del préstamo hasta un máximo de 7 años, sin que supere un plazo total de 40 años. La ampliación del plazo no puede suponer una reducción de la cuota por debajo de la que se estuviera pagando a 1 de junio de 2022.

Además, existe la opción de congelar la cuota durante 12 meses, manteniendo la que se pagaba a 1 de junio de 2022. El principal pendiente devengará intereses al tipo que suponga una reducción del 0,5 % del valor actual neto del préstamo de acuerdo con la normativa vigente.

- b) Conversión del préstamo de tipo variable a tipo fijo. El tipo fijo será el que oferte libremente la entidad. En todo caso, la oferta que realice la entidad al deudor que solicite acogerse a esta opción, para que pueda ser debidamente valorada, tendrá que ser clara, transparente y comparable. Su contenido debe permitir al deudor

conocer las consecuencias y el alcance de la novación que se le ofrece al amparo de esta.

Con carácter general, estas novaciones no podrán:

- Modificar el tipo de interés pactado, salvo en los casos previstos en el Código.
- Implicar el cobro de gastos o comisiones.
- Comercializarse junto con cualquier otro nuevo producto vinculado o combinado.
- Exigir el establecimiento de otras garantías personales o reales adicionales a las que consten en el contrato original.

Tramitación

Tras la solicitud, la entidad deberá entregar al deudor información simplificada sobre las medidas a las que puede optar para novar el préstamo y, una vez optado en firme el deudor por una de ellas, le entregará una propuesta de novación del préstamo. Tanto la propuesta como la información simplificada deben entregarse sin coste y en soporte duradero. No aplican los requisitos formales que establece la Ley 5/2019 respecto a la entrega de la FEIN con una antelación mínima de diez días.

El solicitante que se beneficie de una de estas medidas sin reunir los requisitos será responsable de los daños y perjuicios que se hayan producido.

Los derechos arancelarios y demás conceptos notariales y registrales derivados de la formalización e inscripción de las novaciones que se realicen al amparo del NCBP serán satisfechos, en todo caso, por la entidad, con independencia de que estos costes estén bonificados.

9 Avals y garantías

9.1 Introducción

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con las figuras del aval, la garantía, la fianza⁸⁹ o el afianzamiento⁹⁰, fundamentalmente en dos condiciones:

89 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.

90 «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.

9.2 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 3.6 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 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—.

CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Garantías simples	<p>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</p> <p>Las características más relevantes de las fianzas son los denominados «beneficios del fiador»:</p> <ul style="list-style-type: none"> — 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	<ul style="list-style-type: none"> — 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 beneficiario de la garantía debe satisfacer la obligación garantizada cuando el acreedor simplemente se la reclame

FUENTE: Banco de España.

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 personal⁹¹, o

91 Esta distinción se pone de manifiesto en la sentencia del TS 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».

- plazo de caducidad, de manera que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado, quedarían extinguidos los efectos del aval.
- 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.

9.3 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:

- 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; dichas obligaciones incluyen facilitarles explicaciones adecuadas —en el sentido contemplado en el artículo 9 de la Orden 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 Circular del Banco de España 5/2012⁹² establece lo siguiente sobre la información precontractual específica que debe ofrecer la entidad con ocasión de la contratación de este tipo de operaciones:

⁹² 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 [...]».

«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 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.
- d) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la garantía, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otros serán aplicables. En particular, cuando se permita que el cliente pueda cancelar anticipadamente la garantía, se informará, si procede, de los costes que dicha cancelación suponga, sin perjuicio del derecho del cliente a que se le retroceda la parte no devengada de la comisión que, en su caso, se le hubiera cobrado por anticipado.
- e) Las causas de extinción de la garantía. En las garantías de duración indefinida, o de duración determinada, pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, la entidad deberá indicar expresamente si, para la cancelación de la garantía y la subsiguiente cesación del devengo de la comisión por riesgo, es requisito obligatorio la devolución del original del documento de garantía.
- f) Los requisitos necesarios para cancelar la garantía en caso de haberse extraviado o destruido el original del documento en que aquella se hubiese constituido.»

Pueden identificarse como otra fuente de conflicto 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:

- Respecto 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 que se le reconocen al DCE, debiendo plantearse 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, en los que 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 el 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 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.

9.4 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 la devolución de todas las cantidades, pudiendo reclamarse al avalista la devolución si el promotor no procede a ella 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 adquirente, 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.

10 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—.

10.1 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 3.7 resume las distintas fases del proceso.

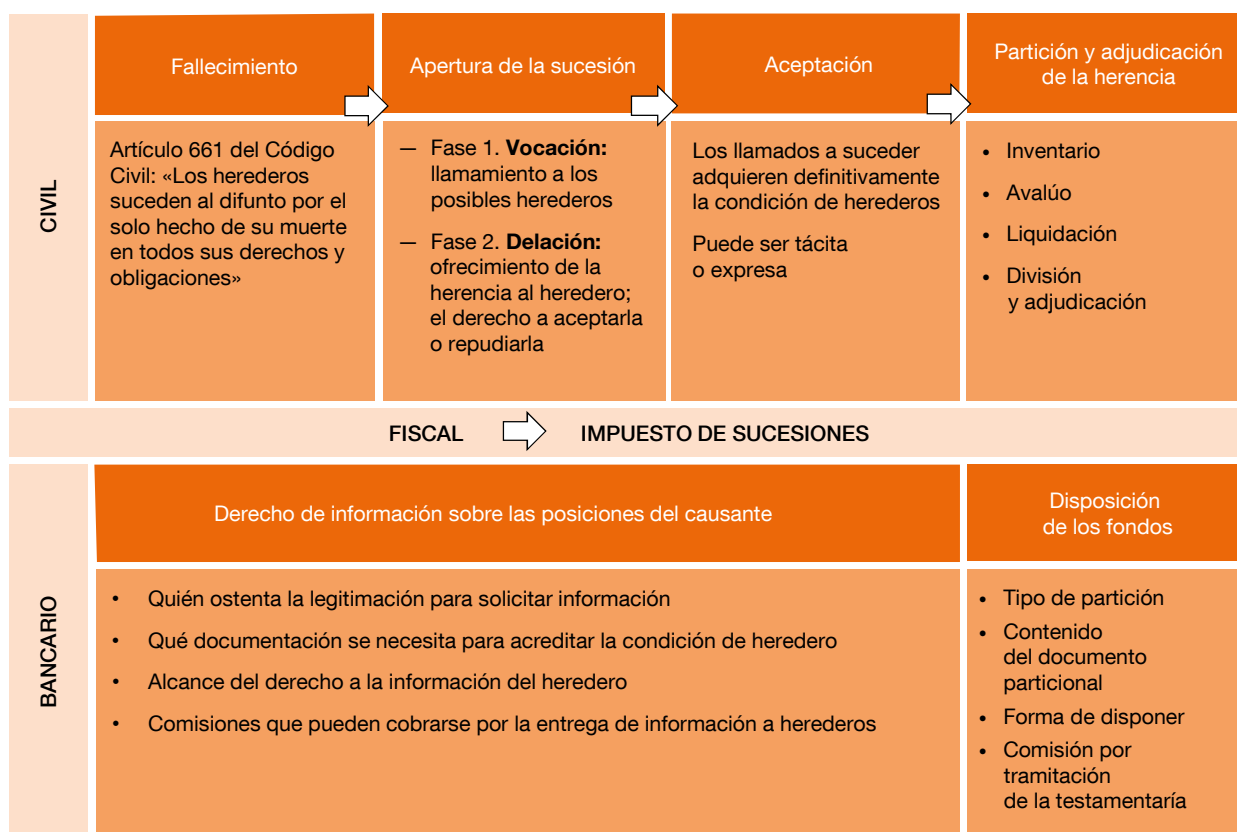
Desde el punto de vista bancario, una vez producido el óbito de un cliente, la entidad de crédito, a instancia de los herederos, pone en marcha un proceso, comúnmente denominado en el ámbito bancario «de testamentaría». Dicho proceso se sigue ante las distintas entidades en las que el difunto tenía sus posiciones bancarias (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 Civil⁹³ 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 civil⁹⁴. La antedicha normativa ha de ser tenida en cuenta tanto por la entidad a la hora de tramitar la testamentaría

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

94 Véanse los artículos 13-16 del Código Civil.

PROCESO DE TESTAMENTARÍA



FUENTE: Banco de España.

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 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 la R-202218879, en la que la parte reclamante solicitaba información sobre la cuenta del causante, manifestando la entidad que el derecho de información incumbe a los herederos y que la reclamante había sido instituida como legitimaria por el testamento. Frente a ello, la parte reclamante argumentaba que la ley aplicable a la sucesión era la francesa —y no la catalana, como defendía la entidad por ser el causante residente en Cataluña en el momento del fallecimiento— y que, conforme a la condición que atribuye al legitimario la legislación francesa, la parte reclamante tenía derecho a obtener información de las cuentas del causante.

Llegados a este punto, este Departamento comenzó por esclarecer la ley aplicable a la sucesión —francesa o catalana—, para lo que había que acudir al Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012.

Así, se hizo la apreciación de que el propio causante, en su testamento, sujetó su sucesión a la ley francesa, y resultando además que, en el momento de la elaboración del mismo, ni siquiera ostentaba vecindad catalana, pues tenía su residencia en Portugal.

Dicho esto, se manifestó que los artículos 20 y siguientes del citado Reglamento Europeo declaran que la ley aplicable a la sucesión es la de la residencia habitual del causante siempre que el causante no haya ejercido su derecho a la elección de ley. De esta forma, el Reglamento ha querido dar prevalencia a la autonomía de la voluntad del testador, regulando lo que se conoce como «*professio iuris*» (elección de ley) en su artículo 22.1, y resultando que el causante eligió la ley francesa y no la catalana.

Asimismo, se tuvo en consideración que, si bien el fallecimiento era posterior a la entrada en vigor del Reglamento, el testamento era anterior (25.6.2007), por lo que procedía analizar si tal elección de ley resulta válida por ser anterior a la entrada en vigor del Reglamento; para resolver esta cuestión se debe acudir al artículo 83 dedicado a la validez de las disposiciones testamentarias elaboradas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento.

En virtud de dicho precepto, se señalaba que el reglamento parte del principio de irretroactividad, por lo que resulta aplicable únicamente a las sucesiones de las personas fallecidas el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha; no obstante, establece un régimen transitorio respecto a: i) la elección de ley aplicable a la sucesión (apartado 2), y ii) la validez de las disposiciones *mortis causa* realizadas con anterioridad a la citada fecha (apartados 3 y 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 punto, resulta interesante citar la sentencia del TJUE C-80/19, de 16 de julio de 2020, que dice que «el apartado 2 del artículo 83 de dicho Reglamento se refiere a los supuestos

en que el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión. Como ha indicado el Abogado General en el punto 102 de sus conclusiones, este precepto tiene por objeto preservar la voluntad del testador y, para que la elección sea válida, debe cumplir los requisitos fijados en dicho precepto».

Como consecuencia de todo lo anterior, habiendo designado el testador como ley aplicable la francesa y siendo válida esta elección en virtud del artículo 83 del Reglamento, salvo mejor opinión de los tribunales, procedía acoger las alegaciones de la parte reclamante de aplicar a la presente sucesión la legislación francesa y no la catalana; así, de conformidad con el Código Civil francés, los herederos forzosos adquieren automáticamente los bienes, de forma que resultarían equiparables, a juicio del DCE y salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, a la condición de herederos, y estarían habilitados por ley al acceso a la información sobre las posiciones del causante.

10.1.1 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.

10.1.2 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 por cualquier otro heredero que, igualmente, haya acreditado su condición y pueda ser entregada a él.
- 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, 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.

Por último, 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 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 especialidad⁹⁵ 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 2899/2011 y en la Circular 5/2012; dicha normativa contiene 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.

95 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).

Acreditación de la condición de heredero

Sin perjuicio de que los herederos tengan el derecho a la información de las posiciones del causante desde el fallecimiento del titular, en aras de la diligencia 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 abintestato⁹⁶, 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 abintestato⁹⁷.

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

96 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.

97 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.»

documentación que les permita 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 vulgarmente⁹⁸ 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 Pública⁹⁹ 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—, 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.

98 La sustitución vulgar ha sido definida por el TS —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».

99 Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de enero de 2016.

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. 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 TS 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.

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 clientela¹⁰⁰ establece que las entidades deben facilitar a los herederos, sin dilación injustificada, tanto el certificado de posiciones del causante a la fecha del fallecimiento como los movimientos habidos en la cuenta con posterioridad al óbito.
- 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

100 La Orden 2899/2011 dispone en su artículo 8.5 que «[l]as 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.»

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 y aceptada 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 respecto del 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, el DCE entiende 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 jurisprudencia¹⁰¹ 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 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 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

101 La sentencia del TS 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».

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 notarial¹⁰².

10.1.3 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.

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 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.

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:

102 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.»

- 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.

10.1.4 Solitud del certificado de posiciones vinculado a la tramitación de la testamentaría

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. En estos casos, 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 que dicho servicio no resulta de su interés, al menos en ese momento, y de que conlleva 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. Ello 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.

10.1.5 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 tácita¹⁰³ (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 TS, 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 las entidades 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, 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.

103 La sentencia del TS 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».

10.1.6 Partición y adjudicación de bienes

Además de la aceptación, en el proceso de tramitación de la testamentaria 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, esta puede ser testamentaria, convencional¹⁰⁴ 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 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 TS¹⁰⁵, el testador debe haber distribuido sus bienes

104 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.»

105 Por todas, la sentencia del TS de 7 de septiembre de 1998.

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.

- 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 —conurrencia 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 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 TS de 12 de junio de 2006¹⁰⁶ y la sentencia del TS 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).
- 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 universal¹⁰⁷.
 - Si el usufructuario universal no es legitimario, la jurisprudencia parte de 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 heredero¹⁰⁸ —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.

106 «[...] 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.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaria, 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.»

107 Resolución de la DGRN de 3 de julio de 2019.

108 Sentencia del TS de 16 de diciembre de 2014.

- 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.
- 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 el 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 Pública¹⁰⁹ 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.

En el esquema 3.8 se muestran de forma muy clara los distintos tipos de testamentaría.

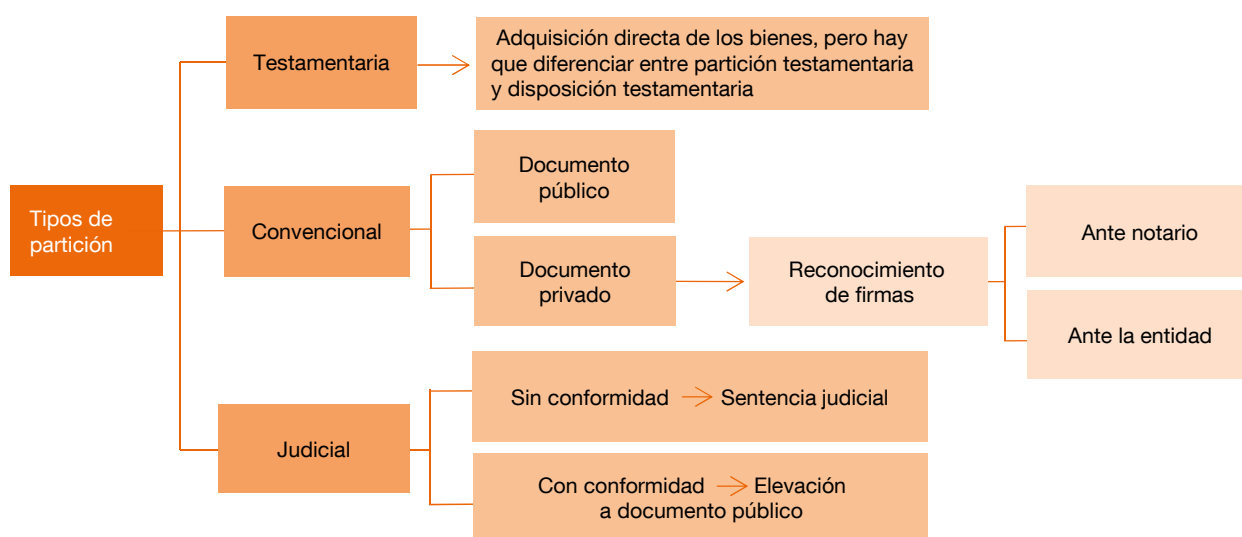
Contenido del documento particional

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

109 Resolución de 1 de febrero de 2018.

PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA HERENCIA



FUENTE: Banco de España.

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 estos¹¹⁰, las entidades necesitan recabar de los herederos instrucciones adicionales de reparto.

110 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 TS 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.»

En este punto, ha sido necesario matizar 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 que mediante el reparto se beneficie 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 supuesto en el que la variación de saldo concurre con la existencia de legados.

En este caso, el DCE concluye que, si bien son necesarias instrucciones adicionales por parte de los herederos 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, 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)¹¹¹.

Este criterio encuentra amparo en la jurisprudencia del TS¹¹², 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 TS¹¹³ —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.

10.1.7 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 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.

111 En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por la sentencia del TS 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.»

112 Así lo dispone la sentencia del TS de 30 de abril de 1960.

113 Sentencia del TS de 27 de mayo de 1998.

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 encuentran habilitadas para bloquear el saldo de la cuenta mientras no se efectúe el pago del impuesto o se justifique su exención. Cuestión distinta, sobre la que nada cabría objetar, es que las entidades retuvieran la suma necesaria para evitar el supuesto de responsabilidad subsidiaria establecido a su cargo por la normativa fiscal, tomando como base —a efectos fiscales y a falta de acreditación 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)¹¹⁴ 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.

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

114 «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.»

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.

Por último, en algunos expedientes las entidades deniegan 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 cuando incurre en el bloqueo de los fondos del reclamante, o en su retención parcial, por la falta de acreditación del pago del impuesto de otros herederos obligados al pago.

10.1.8 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; 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; 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—; ello daría lugar a la prestación 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, de modo que el fallecido es reemplazado 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, de modo que faciliten 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 la parte reclamante pretendía 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 efectuarse esta, sin que sea razonable reflejar la condición de propietario del pleno dominio de una parte y de nudo propietario o usufructuario de 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.

10.1.9 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 limitase al mero bastateo 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 retribuable por los clientes—, podría suponer un quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden 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, el DCE ha venido observando 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 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 viene analizando el DCE, 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 la entidad de crédito debe llevar legalmente a cabo 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) el objetivo es 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 acometer, desde el estricto punto de vista de la tramitación de la herencia, 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 y los 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.

- b) Posteriormente, los herederos deben elaborar la partición y adjudicación de herencia y liquidar el impuesto de sucesiones. Una vez realizados estos trámites, han de acudir 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 la documentación

necesaria, 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 dicho 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*.

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.

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 elabora por encargo de los herederos el documento de partición y adjudicación de herencia, o bien aquellas en que procede a realizar, también por encargo del cliente, la liquidación del impuesto de sucesiones.

A esto 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 los mismos, si es que lo hubiere.

10.1.10 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: 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 lo que respecta al 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 «cuando 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 mayoritaria¹¹⁵ —que se apoya en el art. 885 del Código Civil— establece que, con independencia de que la propiedad de la cosa sea del

115 En este sentido, la sentencia del TS 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 TS 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.»

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.

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; para ello, procederán de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial todos los bienes de la herencia quedarán afectos al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge mientras esto no se realice, siendo dicho acuerdo competencia única y exclusiva de los herederos.

Ahora bien, debemos señalar la importancia que tienen los concretos términos en los que se establezca el derecho de usufructo, tanto si se recoge como disposición testamentaria como si se efectúa en un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, debiendo estarse, igualmente, a lo que resulte de la aceptación, partición y adjudicación de herencia, a saber: i) usufructo universal y vitalicio sobre la totalidad de la herencia; ii) usufructo sobre bienes concretos; iii) usufructo en el que se releva, o no, la obligación de hacer inventario y constituir fianza; iv) usufructo viudal (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, son 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 TS 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 jurisprudencia¹¹⁶ y la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹¹⁷ 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 restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

En el ámbito más concreto de la materialización del usufructo de 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 2012¹¹⁸ 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; así, 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.

116 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, 30 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1991.

117 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.

118 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.

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 acepten la limitación de recibir solo lo que les corresponde por legítima estricta.

Esta previsión testamentaria, como señala la sentencia del TS 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, 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 TS, por ejemplo, en la sentencia de 10 de junio de 2013¹¹⁹.
- La propia naturaleza de la disposición reconoce el derecho de oposición de los herederos, ya que impone a los herederos que no acepten la herencia la limitación de recibir solo lo que les corresponde por legítima estricta. 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.

119 La sentencia del TS 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.»

10.2 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 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—. A este respecto, el DCE viene resolviendo las reclamaciones presentadas, dependiendo del tipo de producto ante el que nos encontremos, con los criterios que se exponen a continuación.

10.2.1 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 ellas 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 Civil¹²⁰.

120 «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.»

Es decir, se refieren a una gestión limitada, destinada fundamentalmente a la custodia, conservación y protección del patrimonio yacente. Tienen un carácter subsidiario y provisional, ya que solo podrán ser desempeñados en defecto de que 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 refieren a solicitudes de cargos o abonos en la cuenta del causante que guarden relación con actos de administración, mantenimiento y conservación de la herencia, aun cuando no estén ordenados en vida por el titular, siempre que cuenten con el consentimiento de todos los herederos o llamados a heredar.

En relación con el segundo punto, los gastos de sepelio, el DCE viene señalando 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 ante la entidad.

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 de 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.

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 presentadas por los herederos; el DCE entiende, con carácter general, que dichas solicitudes deben ser realizadas por todos los herederos una vez hayan acreditado 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, que no forma 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 considera 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 contrario, 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, este Departamento entiende que, en las cuentas de un único titular, las claves de acceso y los instrumentos de pago asociados a la cuenta deben quedar bloqueados.

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

concedoras 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 mandante¹²¹.

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 de las entidades en orden a la protección de los herederos es exigible 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, 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.

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.

121 Véase el artículo 1732 del Código Civil.

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 TS 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 inadmisibles 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 2 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 exista 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, 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, ha de analizarse caso por caso, y debe ser adoptada por las entidades con la cautela debida. Las entidades deberán informar con carácter previo a todos los titulares y a los herederos del fallecido de la situación producida y de la medida que se va a aplicar mientras los interesados no lleguen a un acuerdo. Por último, las entidades podrán proceder a la consignación del saldo si, en un plazo prudencial, dicho acuerdo no resultara posible y en tanto el conflicto sea resuelto.

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 testamentaria, 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.

10.2.2 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, se han planteado varias cuestiones 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.

10.2.3 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. 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, se ha de tener presente 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, 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 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». Así, 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, se ha venido entendiendo 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.

10.2.4 Aiales

En los supuestos en los que se plantean reclamaciones relativas a la problemática de la gestión de los aiales en el seno de un procedimiento de testamentaría, el DCE comienza por recordar que, a tenor del artículo 1091 del Código Civil, «[l]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos».

Asimismo, el artículo 1278 del Código Civil establece que los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se han celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez. De acuerdo con el principio que refleja este artículo —*pacta sunt servanda*—, el contenido de los contratos suscritos obliga a todos los firmantes, en los términos pactados.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» y, según el artículo 659 del Código Civil, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte».

Por ello, las obligaciones contraídas por un causante se incluyen en el pasivo de la herencia, sin que las mismas se extingan con motivo del fallecimiento.

En el caso concreto del contrato de aval, cuando fallece el titular o avalista de una obligación económica, conforme a las líneas jurisprudenciales y doctrinales más extendidas, los herederos que aceptan la herencia se subrogan en la posición del avalista¹²².

Ahora bien, esta afirmación presenta condiciones como, por ejemplo, la que se presentaba en la R-202221816, en la que la parte reclamante manifestaba su disconformidad con la actuación de la entidad que le exigía, tras el fallecimiento de su padre, que para disponer de los saldos de la cuenta titularidad del fallecido firmara un documento junto con el resto de los herederos en virtud del cual aceptaba su condición de fiador solidario en una operación hipotecaria.

Sin embargo, la parte reclamante considera que no tenía la obligación de subrogarse en la posición de avalista solidario del préstamo hipotecario, dado que la herencia fue aceptada a beneficio de inventario.

En este caso, el DCE manifestó que, al haber sido aceptada la herencia a beneficio de inventario, los sucesores aceptantes no adquirirían responsabilidad personal por las obligaciones o deudas de la masa hereditaria, sin afectar a su patrimonio preexistente, sino que esas obligaciones se cubrirían única y exclusivamente con los bienes y/o derechos integrados en la propia masa hereditaria, hecho este que quedaba ampliamente reflejado en la jurisprudencia¹²³.

122 En este sentido, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife n.º 113/2020, de 10 de febrero de 2020: «La obligación de fiador o avalista se incluye en el patrimonio del garante que se transmite en bloque a los herederos a su fallecimiento, de manera que es esa obligación (que no es personalísima), y no solo las deudas concretas ya generadas y avaladas en el momento del fallecimiento, la que se transmite al heredero como consecuencia de la muerte del fiador, por lo que los herederos que han aceptado la herencia adquieren esa misma condición».

123 La sentencia del TS de fecha 28 de enero de 2011 (n.º 24/2011) dice lo siguiente: «La ley pone a disposición del llamado a la herencia el beneficio de inventario para que pueda adquirirla separada de su propio patrimonio, hasta que se hayan pagado todos los acreedores (y legatarios). Su función esencial, no otra, es limitar la responsabilidad del heredero al valor del activo hereditario. Por ello, el efecto básico es la no confusión de los patrimonios de heredero y causante (artículo 1023.3.º del Código civil) lo que conlleva la limitación de la responsabilidad de dicho heredero (artículo 1023.1.º).»

Por ello, el DCE estimó la conducta de la entidad como contraria a las buenas prácticas y usos financieros, al condicionar la disposición de fondos de las cuentas del causante a la firma por los herederos de un documento en virtud del cual asumirían la posición de fiador solidario en el citado crédito hipotecario.

10.2.5 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 TS como la de un contrato atípico y mixto —entre el depósito y el arrendamiento—¹²⁴.

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 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

124 Así, en la sentencia del TS 96/2018, de 26 de febrero, en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, el TS 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.»

sucursal bancaria; sin embargo, desde el punto de vista de los tribunales, encontramos sentencias que no contemplan este requisito¹²⁵.

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.

125 Sentencia n.º 551/2009 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 2009 —que fue ratificada por el TS 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.»