



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

Curso 2021/2022

EL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA ANTE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Nombre del/la estudiante: Álvaro de Pablos Fernández de Alegría

Tutor: D. José Luis Sánchez Barrios

Mes Junio **Año** 2022

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

**EL SERVICIO DE RECLAMACIONES
DEL BANCO DE ESPAÑA ANTE LOS
CONTRATOS DE PRÉSTAMO
HIPOTECARIO**

**THE COMPLAINTS SERVICE OF THE
SPANISH NATIONAL CENTRAL BANK
WHEN DEALING WITH MORTGAGE
LOAN CONTRACTS**

Nombre del/la estudiante: Álvaro de Pablos Fernández de Alegría

e-mail del/a estudiante: alvarodepablos@usal.es

Tutor/a: D. José Luis Sánchez Barrios

RESUMEN

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado consiste en analizar la actuación del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en cuanto a los contratos de préstamo bancario con garantía hipotecaria, centrándose en la importancia de la claridad y transparencia con el cliente, de la información previa a la contratación y de los gastos de formalización de esta modalidad contractual.

El recurso utilizado para valorar dicho posicionamiento son las resoluciones de los expedientes presentados al Servicio y, para acceder a ellas, se recurre a las propias Memorias que este departamento publica anualmente. Aprovechando la subdivisión en temáticas que presentan tales publicaciones, se centra la atención en aquellas cuestiones que mayor conflictividad han causado a este respecto y sobre las cuales ya se habrá realizado una aproximación jurisprudencial, aunque sin entrar a valorar la abusividad declarada por los tribunales.

Además, se concluye este trabajo con una referencia al anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 5 de abril de 2022 para la creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero.

PALABRAS CLAVE: contratación mercantil, préstamos bancarios con garantía hipotecaria, protección al cliente bancario, Servicio de Reclamaciones del Banco de España, claridad y transparencia con el cliente, gastos de formalización.

ABSTRACT

The aim of this Final Degree Project is to analyse the involvement of the Spanish National Central Bank Complaints Service with regard to mortgage loan contracts, focusing on the importance of clarity and transparency with the customer, of the information provided prior to contracting and of the costs of formalising this type of contract.

The resource used to assess this positioning are the resolutions of the claims submitted to the Service and, in order to access them, use is made of the own Memories of this institution, which are published annually. Taking advantage of the thematic subdivision of these publications, attention is focused on those issues that have caused most conflict in this respect and on which a jurisprudential approach will have already been made, yet without entering into an assessment of the abusiveness declared by the courts.

In addition, this study concludes with a reference to the draft bill approved by the Council of Ministers on 5 April 2022 for the creation of the Financial Customer Protection Authority.

KEYWORDS: commercial contracts, mortgage-backed bank loans, protection of bank customers, the Spanish National Central Bank Complaints Service, clarity and transparency with the customer, constitution and formalisation costs.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
 CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PRÉSTAMOS BANCARIOS.....	 11
1.1. Aproximación al contrato de préstamo bancario.....	11
1.2. Aproximación a la garantía hipotecaria en los préstamos bancarios.....	13
1.3. Regulación de los contratos de préstamo bancario con garantía hipoteca- ria y de los derechos de los prestatarios.....	14
1.3.1. Normas con rango de ley.....	15
1.3.2. Normas sin rango de ley.....	17
1.4. Aproximación a la problemática de la abusividad en los contratos de préstamo hipotecario y su tratamiento jurisprudencial.....	18
1.4.1. Falta de claridad y/o transparencia con el cliente.....	19
1.4.2. Atribución de los gastos de constitución o formalización del préstamo.....	21
 CAPÍTULO 2. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE Y DEFENSOR DEL CLIENTE EN LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	 23
2.1. Consideraciones generales sobre la protección institucional al cliente bancario.....	23
2.2. Regulación relativa a los Servicios de Atención al Cliente, el Defensor del Cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.....	23
2.2.1. Normas con rango de ley.....	24
2.2.2. Normas sin rango de ley.....	25
2.3. Los Servicios de Atención al Cliente.....	26
2.4. El Defensor del Cliente.....	28
 CAPÍTULO 3. PAPEL DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA.....	 29
3.1. El Banco de España: breve aproximación conceptual y funcional.....	29
3.2. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España.....	30
3.2.1. Función del Servicio de Reclamaciones.....	30
3.2.2. Limitaciones en su competencia.....	32
3.2.3. Procedimiento ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y el inevitable trámite ante el Servicio de Atención del Clien- te o Defensor del Cliente de las entidades de crédito.....	32
3.2.4. Efectividad y trascendencia de las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.....	34
 CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES MÁS RELEVANTES DEL SRBE EN MATERIA DE PRÉSTAMOS BANCARIOS.....	 36
4.1. Claridad y transparencia con el cliente.....	36
4.2. Información previa a la contratación.....	40
4.3. Gastos de formalización o constitución del préstamo hipotecario.....	43
 CAPÍTULO 5. EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA CREACIÓN DE LA AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO.....	 46

CONCLUSIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	50
ANEXOS.....	54
Anexo 1. Normativa citada.....	54
Anexo 2. Resoluciones del SRBE citadas.....	55
Anexo 3. Sentencias citadas.....	56

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AIS	Ars Iuris Salmanticensis
art.	artículo
as.	asunto
BCE	Banco Central Europeo
CC	Código Civil de 1889
CCo	Código de Comercio de 1885
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
coord./coords.	coordinador/coordinadores
DCMR	Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones
DGSJFP	Dirección general de Seguridad Jurídica y Fe Pública
dir./dirs.	director/directores
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
ibid.	ibídem, en el mismo lugar
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
LH	Ley Hipotecaria, aprobada por el Decreto de 8 de febrero de 1956
ob. cit.	obra citada anteriormente
p./pp.	página/páginas
RDBD	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDC	Revista de Derecho Civil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
Reimp.	Reimpresión
rev.	revisada
SAC	Servicio de Atención al Cliente
SRBE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
vid.	véase
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado consiste en analizar la actuación del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en cuanto a los contratos de préstamo bancario con garantía hipotecaria, centrándose en la importancia de la claridad y transparencia con el cliente, de la información previa a la contratación y de los gastos de formalización de esta modalidad contractual.

Para ello, en primer lugar, se parte de un marco conceptual y normativo, identificando la naturaleza del contrato objeto de estudio, la importancia que ha adquirido en los últimos tiempos y la conflictividad a la que ha dado lugar jurisprudencialmente. Se alude también a otras instituciones, integradas en las propias entidades de crédito o independientes, pero siempre con cierta autonomía, que favorecen la protección del cliente bancario y que reciben el nombre de Servicios de Atención al Cliente y de Defensor del Cliente. Finalmente, y tras un breve análisis del Banco de España, de sus funciones y del procedimiento para la reclamación y la queja, se centra la atención en las resoluciones de este Servicio relativas a la materia objeto de estudio. Identificando y analizando algunos de los expedientes resueltos se pretende descubrir el posicionamiento de este Servicio de Reclamaciones del Banco de España frente a las problemáticas en torno a estos contratos de préstamo hipotecario, así como corroborar su posición como una vía alternativa a la judicial para la salvaguarda de los derechos de los clientes de las entidades de crédito.

El recurso utilizado para acceder a dichas resoluciones son las propias Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España que, si bien se publican anualmente desde 1987, para este trabajo se han utilizado las disponibles desde 1993. Sin embargo, cabe señalar que estas Memorias se publican a año vencido y, en consecuencia, a la fecha de realización de este trabajo, la última disponible es la del año 2020, publicada en julio de 2021. Se espera, alrededor de esa misma fecha pero en este año, la publicación de la del 2021, por lo que su contenido no ha sido accesible.

No obstante, no son objeto de este trabajo todas las resoluciones del Servicio, sino solamente aquellas relativas a los contratos de préstamo hipotecario. Además, aprovechando la subdivisión en temáticas que presentan estas publicaciones, se procede al análisis de los diferentes tópicos que se tratan en cada apartado en un orden cronológico y centrando la atención en aquellas cuestiones que mayor conflictividad han causado, sobre las cuales, ya se habrá realizado una aproximación jurisprudencial.

La trascendencia de la temática elegida se justifica en las propias Memorias, donde se indica que, en 2020, los préstamos hipotecarios son, una vez más, el producto sobre el que mayor número de reclamaciones se reciben; aunque bien es cierto que el peso relativo de esta cuestión sigue en descenso, pasando de representar un 81,4% en 2017 a un 26,9% en 2020. Del mismo modo, las problemáticas concretas que se van a tratar también son altamente representativas pues, por ejemplo, los conflictos en torno a los gastos de formalización de este tipo de contratos supusieron en 2020 el 9,5% del total de las reclamaciones. Por otra parte, con respecto a la cuestión de las “cláusulas suelo”, cabe señalar que, aunque los asuntos resueltos por los Tribunales se incrementaron a partir de 2010, el número de reclamaciones estudiadas por el Servicio no experimentó un crecimiento proporcional, pues correspondía a la vía judicial pronunciarse sobre la nulidad o no de las mismas. Esto es sin perjuicio de que, a partir de esa fecha, en las Memorias, se dedique un apartado específico a estas cláusulas.

Y, en este sentido, otra aclaración importante es la relativa a que tampoco es objeto de este trabajo el análisis sobre la nulidad de las cláusulas abusivas dentro de la contratación bancaria pues, aunque se mencione la conflictividad al respecto, el centro de estudio gira alrededor de las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España y los contratos de préstamo hipotecario. En otras palabras, se busca analizar la protección institucional que otorga el Banco de España a través de este Servicio de Reclamaciones a los clientes que hayan suscrito un contrato de préstamo bancario y que puedan haber visto vulnerados sus derechos, concretamente, en lo que se refiere a la claridad y transparencia, información precontractual y gastos de formalización.

Finalmente, se concluye este trabajo con una breve referencia al anteproyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros el 5 de abril de 2022 para la creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero con el objetivo de mostrar el propósito del legislador de dotar de efectividad a las resoluciones de tales mecanismos extrajudiciales.

Se añaden, también, tres anexos. En ellos se ordena de manera cronológica tanto la normativa utilizada como las resoluciones del Servicio de Reclamaciones y la jurisprudencia a la que se ha recurrido. A este último respecto, cabe decir que las resoluciones citadas se disponen con prioridad a las sentencias pues, aunque estas últimas sí son siempre vinculantes para las partes, el objeto del estudio, es el papel del SRBE en la problemática generada por los contratos de préstamo hipotecario.

CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PRÉSTAMOS BANCARIOS

1.1. Aproximación al contrato de préstamo bancario

No puede la terminología llevar a un error conceptual desde el principio y, por ello, se debe aclarar que el término o expresión “préstamo bancario” no alude únicamente a los préstamos realizados por los bancos, sino que también incluye al resto de instituciones crediticias que operan en este mercado.

El contrato de préstamo se regula en el Código Civil, dónde el art. 1740, atendiendo a la naturaleza de la cosa prestada, se encarga de su definición. Así, el contrato de préstamo, en un sentido estricto, sería aquel por el que una de las partes entrega a la otra una cantidad de dinero, comprometiéndose esta última a la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad. Pero, además, este negocio jurídico obtendrá la calificación de mercantil cuando concurran los requisitos contemplados en el art. 311 del Código de Comercio, es decir, que alguno de los contratantes sea comerciante y que el objeto del préstamo se destine a actos de comercio. Lo anterior podría llevar a cuestionar la naturaleza mercantil de este contrato en aquellos casos en los que el prestamista efectivamente es un comerciante (como, por ejemplo, una entidad crediticia) pero el prestatario no destina la cantidad recibida a actos de comercio. Sin embargo, de lo dispuesto en los arts. 175.7º, 199.1º y 212.1º CCo se puede concluir que los préstamos, realizados por estas entidades, son actos de comercio en sí mismos, con independencia de la condición profesional del solicitante y del destino del préstamo.

Dicho esto, el contrato de préstamo bancario puede definirse¹ como aquel “subtipo del contrato de mutuo” en el que el prestamista es una entidad de crédito², afirmándose, en consecuencia, el carácter mercantil de este contrato en cualquier caso³, evitando con ello una inaceptable diversidad de regímenes civiles o mercantiles.

¹ En este sentido, vid. GADEA SOLER, E., “El contrato de préstamo bancario. El préstamo bancario de dinero”, en AA.VV. (coords. GADEA SOLER, E. y SEQUEIRA MARTÍN, A.J.) *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 703. Y, sobre la contratación bancaria en general, fue fundamental, entre otras, la obra de GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.

² Tienen la consideración de entidades de crédito las cajas de ahorros, los bancos, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial, como se señala en el art. 1.2. de la Ley 10/2014, comentada por SÁNCHEZ BARRIOS, J.L., “Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *AIS*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 205 y ss.

³ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, vol. II, 23ª ed., 2016, p. 217. E, igualmente, así ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del TS en sus Sentencias, entre otras, n.º 665/1944, de 9 de mayo y n.º 5618/1985, de 20 de noviembre.

Así, partiendo del hecho de que el carácter mercantil de este contrato no depende de la naturaleza empresarial de la contraparte, se hace necesaria la mención a aquellos casos en los que el prestatario no sea un empresario. Razón de ello es que, en estas situaciones, es decir, cuando la contratación se realiza fuera del marco de su actividad empresarial o profesional, el prestatario adquiere la condición de consumidor⁴. Esto será con independencia de que se trate de una persona física o jurídica pues, como señala el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), las personas jurídicas también se pueden calificar como consumidores siempre que, igualmente, actúen fuera del marco de una actividad empresarial o profesional⁵. Además, no se podrá exceptuar lo anterior por tratarse de una actividad bancaria, pues ésta también queda incluida en el ámbito de aplicación del TRLGDCU.

Esta aclaración supone importantes consecuencias para el objeto de este trabajo ya que, como se verá más adelante, la normativa aplicable se incrementa, teniendo que considerarla en sus resoluciones el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE). Ejemplo de ello es el apartado dedicado en las Memorias de este Servicio a la necesidad de claridad y la transparencia con el cliente, a fin de evitar una posterior declaración de abusividad por parte de los Tribunales por incumplimiento del control de transparencia material⁶.

No obstante lo anterior, y con la intención paralela de proteger sus intereses, la entidad de crédito prestamista, para la celebración de este tipo de contratos, suele exigir garantías de muy diversa naturaleza⁷. Pero, a parte de éstas, también se puede considerar una garantía en sentido amplio el hecho de que estos contratos, por su popularidad, suelen adoptar la forma de contratos de adhesión⁸, ya que, si no fuera así y hubiera un incumplimiento generalizado, supondría un gran problema para la entidad.

⁴ ESTÉVEZ TORRES, J.J., *El contrato de préstamo bancario celebrado con consumidores y usuarios* (Tesis Doctoral, dirs. PAGADOR LÓPEZ, J. y PINO ABAD, M.), Universidad de Córdoba, 2015, p. 61.

⁵ Incluso, se ha mantenido por la doctrina que la persona jurídica no debe tener ánimo de lucro. En este sentido, vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 13.

⁶ Asentado, entre otras, por la STS de 9 de mayo de 2013 o por la STJUE de 23 de febrero de 2015, de las que se desprende que se busca que el consumidor pueda conocer y comprender las consecuencias jurídicas de las cláusulas que afecten a elementos básicos del contrato.

⁷ Suele hacerse referencia a garantías de carácter personal, hipotecario y pignoraticio. A este respecto, vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho...*, ob. cit., p. 265.

⁸ Fueron ya definidos por ROYO MARTÍNEZ, “Los contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 2, núm. 1, 1949, p. 55 como aquellos contratos de “cola y de mostrador o ventanilla, de

1.2. Aproximación a la garantía hipotecaria en los préstamos bancarios

Se desprende del artículo 1911 CC que cualquier incumplimiento contractual coloca al deudor en una posición delicada, por tener que responder éste con todos sus bienes, tanto presentes como futuros. Sin embargo, ciertas modalidades contractuales, como sucede con el contrato de préstamo, requieren, en ocasiones, de una medida de refuerzo adicional que asegure la satisfacción del acreedor y que, con carácter general, se engloba bajo el concepto de garantía⁹.

El titular de esta garantía adquiere un poder de realización sobre la cosa gravada, que tenderá a materializar, a fin de satisfacer su interés, cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada. Esta afirmación conduce de manera inevitable a la definición de los derechos reales de garantía como aquellos que recaen sobre cosas determinadas y sobre las que el titular de la garantía podrá ejercer su derecho de realización¹⁰. En concreto, el Código Civil recoge diversos tipos de garantías reales y así, atendiendo a la naturaleza de los bienes afectados, distingue entre la prenda¹¹, la hipoteca y la anticresis¹² (reguladas en los arts. 1866, 1876 y 1881 CC).

La función económica de una de ellas, de la hipoteca, va a hacer que nos centremos en esta figura. Y es que, al no exigir el desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor¹³, en las últimas décadas, la hipoteca ha potenciado la contratación de préstamos bancarios, contribuyendo a la generalización de su uso para la adquisición, mayoritariamente, de bienes inmuebles¹⁴. Razón de ello se encuentra en

formulario impreso y de fichero”, es decir, una contratación “en la que ya no se discute, porque el contrato está redactado y no hay sino firmarlo”.

⁹ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, Tecnos, vol. III, 7ª ed. (4ª reimpr.), Madrid, 2004, p. 424.

¹⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil Tomo III. Derechos reales e hipotecario*, Editorial Universitaria, 3ª ed. (rev. y puesta al día por FERNÁNDEZ, M.B.), Madrid, 2021, p. 267.

¹¹ ARNAU MOYA, F., *Lecciones de Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2020, p. 256 define la prenda como un derecho real de garantía mobiliaria caracterizado, principalmente, por el desplazamiento en la posesión de la cosa. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil...*, ob. cit., en la misma línea, la define como “el derecho real de garantía que para asegurar el cumplimiento de una obligación otorga a su titular el poder de una cosa mueble que le permite poseerla, y si se incumple aquella, realizarla”.

¹² De nuevo, según ARNAU MOYA, F. *Lecciones de Derecho civil...*, ob. cit., p. 261, el derecho de anticresis se definiría como aquella garantía de una obligación que permite a su titular hacer suyos los frutos y realizar el valor de un inmueble en caso de incumplimiento de la obligación.

¹³ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil...*, ob. cit., p. 425.

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “El Derecho real de hipoteca. Conceptos generales”, en AA.VV. (coord. DE PABLO, P.) *Curso de Derecho Civil III Derechos Reales*, Edisofer, Madrid, 2020, p. 575.

la propia definición que este concepto encuentra en el art. 1876 CC y en el art. 104 de la Ley Hipotecaria (LH), donde ya se observa que la hipoteca “sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”.

Esta garantía, esta responsabilidad real sobre los bienes hipotecados, se suma a la ya mencionada responsabilidad personal del art. 1911 CC, otorgando al acreedor una doble posibilidad de ejecutar su deuda, tal y como reconoce el art. 105 de la Ley Hipotecaria y que se concretan en la acción personal contra el patrimonio del incumplidor y la acción hipotecaria sobre los bienes hipotecados¹⁵. El acreedor hipotecario es, pues, titular del derecho de crédito (es decir, del crédito que se garantiza) y del derecho real de hipoteca que asegura la satisfacción del mismo¹⁶.

Consecuencia directa de esta variedad de recursos para el acreedor será la mayor facilidad en la concesión de préstamos bancarios de capital. Sin embargo, estos mismos remedios pueden suponer el compromiso del patrimonio del deudor cuando se utilizan con base en cláusulas abusivas, incumplimientos contractuales o malas prácticas bancarias. Esta preocupación se incrementa en el ámbito del consumidor y usuario pues, generalmente, el patrimonio afectado es la vivienda, que satisface una necesidad básica, comprometiendo así el bienestar del ciudadano¹⁷.

1.3. Regulación de los contratos de préstamo bancario con garantía hipotecaria y de los derechos de los prestatarios

Enmarcado el contexto terminológico necesario en torno a los contratos de préstamo bancario con garantía hipotecaria, el siguiente paso consiste en especificar la normativa que permite la salvaguarda de los derechos de los clientes bancarios. Y es que, si bien es manifiesto el esfuerzo del legislador por proteger al contratante de un

¹⁵ ARNAU MOYA, F. *Lecciones de Derecho civil...*, ob. cit., p. 294.

¹⁶ En esta misma línea, vid. SERRA RODRÍGUEZ, A. “La hipoteca inmobiliaria (II). La anticresis”, en AA.VV. (coords. SERRA RODRÍGUEZ, A. y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.) *Derecho civil III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 318. En un sentido similar se pronunció con anterioridad LALAGUNA DOMÍNGUEZ, al basar su tesis en el hecho de que el nexo entre la hipoteca y el crédito no actúa como una mera yuxtaposición de un derecho real y uno personal sino como una situación de interdependencia, tal y como se expone en LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado.”, en AA.VV. (Coord. NIETO CAROL, U.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, vol. 2, 1ª ed., Madrid, 1996, p. 26.

¹⁷ BALLUGERA GÓMEZ, C., “Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria”, *RDM*, núm. 242 octubre-diciembre, 2001, p. 1783.

préstamo, el amplísimo número de normas existentes, con diferentes rangos jerárquicos y ámbitos de aplicación, puede ser origen de inseguridad jurídica y confusión¹⁸.

1.3.1. Normas con rango de ley

Como ya se ha anticipado, la hipoteca actúa como una garantía para el acreedor en los contratos de préstamo bancario. De esta manera, en caso de conflicto habrá que atender a su regulación, la cual, en primer lugar, se contempla en el Código Civil, en concreto, en los artículos 1857 a 1862, donde se regula junto a la prenda, y en los artículos 1874 a 1880, detallándose en ellos el objeto y los requisitos de la misma.

Es el propio artículo 1.880 del CC el que conduce a la siguiente norma de relevancia, el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria¹⁹. En ella no sólo se regula todo lo relativo a la forma, extensión y efectos de la hipoteca, sino que también se contempla el procedimiento registral. Junto a ésta, es de igual importancia el Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario²⁰, que desarrolla dicha Ley.

En relación con esta materia también destaca la *Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*. La exposición de motivos de esta norma ya permite entrever la preocupación del legislador por el prestatario, permitiendo que todos estos, con independencia de su fecha de formalización del contrato, se beneficiaran del descenso generalizado de los tipos de interés, subrogando²¹ su préstamo bancario hipotecario a otra entidad sin necesidad del consentimiento del primer acreedor.

Considerando que, en gran medida, se trata de contratación con consumidores, debe hacerse referencia de nuevo al TRLGDCU de 2007, el cual incluye preceptos de interés no solo para la protección de los derechos de los consumidores en general sino también para los clientes bancarios en particular. Ejemplo de ello son los artículos 80 a 91, donde se recoge el contenido de la Directiva 1993/13/CEE, que más adelante se

¹⁸ ORDÁS ALONSO, M., “La contratación con consumidores en la Ley 2/2009, de 31 de marzo”, *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 2, 2009, pp. 2137-2215.

¹⁹ Modificada hasta en veintinueve ocasiones y por última vez en junio y diciembre de 2021. Destaca, sin embargo, la modificación que sufrió en marzo de 2019, con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

²⁰ Modificado aún en más ocasiones que la Ley Hipotecaria y por última vez en noviembre de 2020.

²¹ Es el artículo 2 de este cuerpo legal el que enumera los requisitos para que, efectivamente, se produzca la subrogación, mientras que el artículo 3 se encarga de limitar la comisión por amortización anticipada que recibirá el primer acreedor.

abordará, sobre cláusulas abusivas y que será de aplicación junto a la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación* (LCGC) cuando la contraparte sea un consumidor pues, si es un empresario, sólo se aplicará esta última junto al CC²².

En este mismo sentido se promulga 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*²³, que pone de manifiesto la complejidad normativa aludida anteriormente. Y es que, en este caso, lo aquí regulado únicamente será de aplicación a aquellas personas que actúen fuera de su ámbito empresarial o comercial y que, además, contraten con profesionales en la concesión de préstamos hipotecarios que no sean entidades de crédito o sus agentes (como establece el art. 1.2).

Por otro lado, en este contexto de la contratación con consumidores, la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo* podría llegar a considerarse una norma relevante, sin embargo, su art. 3 excluye expresamente de su ámbito de aplicación, entre otros, los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria, que son los centrales en este estudio, por lo que se descarta esta norma de cara a ser objeto de consideración.

Avanzando cronológicamente, el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos* y el *Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios* ponen de manifiesto la importancia social y económica de esta modalidad contractual, como más tarde se analizará en referencia a las resoluciones del Servicio de Reclamaciones. Y es que, la abusividad de ciertas cláusulas, sumada a la profunda crisis económica, hizo necesaria la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de vivienda habitual de aquellas familias en situación de riesgo de exclusión. Con similar finalidad se promulgó también la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*²⁴.

²² Esta distinción recuerda a la que se da en la aplicación de los controles de incorporación y transparencia, pues este último no se usa si se es empresario, vid. MATO PACÍN, M.N, “El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo”, *Revistas UC3M Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 217.

²³ Modificada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

²⁴ Esta ley 1/2013 introdujo, en su Capítulo II, modificaciones a la Ley Hipotecaria; en su Capítulo III, a la Ley de Enjuiciamiento Civil; y en su Capítulo IV, al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo. Un

En el 2015, se aprueba el *Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*²⁵. Esta norma, a diferencia de las anteriores (que no lo especificaban tan claramente), pretendía mantener e impulsar la utilización de esta modalidad contractual y, en general, el crecimiento económico permitiendo “encarrilar nuevamente su vida” a aquella persona física que hubiese sufrido un fracaso económico personal o empresarial, “sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer” (Exposición de motivos, párrafo tercero).

Finalmente debe mencionarse la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* que, en su Capítulo II, Sección 1ª, incluye no sólo los principios de actuación en la concesión de préstamos inmobiliarios (art. 5) y la información básica que deberá figurar en la publicidad de estos (art. 6), sino también las obligaciones de transparencia en relación con los contratos (art. 7) y su comercialización (art. 14), asegurando su cumplimiento por el procedimiento establecido en el art. 15.

1.3.2. Normas sin rango de ley

La preocupación del legislador por la tutela de los clientes bancarios se refleja también por estas normas según la fase de la contratación en el que nos encontremos.

En la fase precontractual deben destacarse una Orden Ministerial y una circular del Banco de España. Por un lado, la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*²⁶ cuyos artículos quinto y sexto regulan la publicidad y la información precontractual que afecta a los prestatarios. Y, por otra parte, la *Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre*

comentario de la misma es el realizado por MARTÍN PÉREZ, J.A., “Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social”, *AIS*, vol. 1, 2013, pp. 174 y ss.

²⁵ Esta norma ha sido comentada por MORALES MENÉNDEZ, I., “Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social”, *AIS*, vol. 3, 2015, pp. 236 y ss.

²⁶ Esta Orden sustituyó a la Orden, de 12 de diciembre de 1989, de suma importancia, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, destacando sobre la misma el trabajo de GALÁN CORONA, E., “La protección del consumidor como usuario de servicios bancarios”, en AA.VV. (dir. GALÁN CORONA, E.), *Reforma del Derecho Privado y protección del consumidor*, Valladolid, 1994, pp. 25 y ss. También señalar, en este sentido, que la última modificación de esta Orden de 2011 es del año 2020, por la Orden Ministerial ETD/699/2020.

*publicidad de los productos y servicios bancarios*²⁷ que derogó la *Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios*.

Para la siguiente fase, es decir, para la propia contratación, la citada Orden EHA/2899/2011 también contiene normas de relevancia. En este caso, es el art. 7 el que trata de manera directa todo lo relativo a la información contractual, destacando también por su importancia las reglas de transparencia de los artículos 32 y siguientes. Del mismo modo, se hace obligada la referencia, en este momento, a la *Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago*²⁸.

Además de la normativa mencionada, también tienen gran relevancia en la materia las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la DGSJFP, anteriormente conocida como la Dirección General de los Registro y del Notariado), cuyo prestigio doctrinal hace que sean una referencia para los Tribunales²⁹.

1.4. Aproximación a la problemática de la abusividad en los contratos de préstamo hipotecario y su tratamiento jurisprudencial

Si bien el objeto de este trabajo no es analizar el tratamiento que han hecho los tribunales sobre la materia, conviene hacer una referencia a la problemática planteada a este respecto en el plano judicial³⁰ y la respuesta dada en este sentido.

²⁷ Disposición comentada por BUITRAGO RUBIRA, J.R., “Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios”, AIS, 2021, pp. 346 y ss. Y, también a este respecto, vid. MÉNDEZ LAMELA, C. *La protección del consumidor ante la publicidad de productos y servicios bancarios y de inversión. Análisis de la Circular 4/2020 del Banco de España y la Circular 2/2020 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores* (Trabajo de Fin de Grado tutelado por SÁNCHEZ BARRIOS, J.L.), Universidad de Salamanca, 2021.

²⁸ El título completo de la Orden es más extenso del señalado, concretamente *Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*.

²⁹ ARNAU MOYA, F. *Lecciones de Derecho civil...*, ob. cit., p. 266.

³⁰ Igualmente conflictiva ha sido la atribución de la competencia en estos asuntos. En un primer momento el artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial atribuía la competencia a los juzgados de lo Mercantil pero, una modificación de octubre de 2015, delegaría esta cuestión en los juzgados de Primera Instancia. Solución que tampoco fue definitiva pues, aunque el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 28 de diciembre de 2017 (que continuaba la decisión adoptada el 1 de junio por el mismo Consejo General del Poder Judicial sobre el plan de especialización de los tribunales en cláusulas abusivas) atribuyó la competencia de manera exclusiva y excluyente a estos juzgados especializados por provincia, esta misma Comisión, el 23 de

Así, aunque se explicitará el proceso y analizarán las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, corresponde ahora poner de manifiesto algunas sentencias relevantes del Alto Tribunal español (y del correlativo en el ámbito europeo) en torno a esta problemática de la abusividad, concretamente, en el ámbito de los contratos de préstamo bancario. Y es que, aunque el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR) se pronuncie sobre estas prácticas bancarias como buenas o malas, la declaración de abusividad y nulidad de las cláusulas contenidas en esta modalidad contractual, así como el pronunciamiento sobre la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de dicha posible declaración de nulidad³¹, corresponde únicamente a los tribunales españoles, como también se subrayará en posteriores apartados.

1.4.1. Falta de claridad y/o transparencia con el cliente.

La conflictividad a tratar en este apartado deriva de la indudable relevancia que ha adquirido la contratación por adhesión o mediante condiciones generales en determinados ámbitos como en el bancario. Cabe destacar de nuevo que la presencia de estas condiciones generales en la contratación prueba indudablemente la ausencia de una negociación individual³², característica que generalmente desemboca en la falta de una autonomía de la voluntad plena durante el proceso de contratación, con independencia de la naturaleza empresarial o no del contratante. De esta manera, una incorrecta predisposición del contenido obligacional puede suponer la existencia de abusos frente al cliente o, en otras palabras, puede implicar un excesivo refuerzo de la posición de la empresa (en este caso, de la entidad de crédito), rebajando su responsabilidad y gravando excesivamente a la contraparte³³.

Con el objetivo de limitar estas prácticas nace la *Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores*, que se articula de manera compleja³⁴ en el ordenamiento jurídico español mediante la promulgación de la ya mencionada Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones

diciembre de 2021, acordó la conclusión de este plan de especialización en veinte de estos juzgados, continuando en otros veinticuatro.

³¹ Como se explicita con constancia en todas las Memorias del Servicio de Reclamaciones, a destacar en la p. 136 de la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2019.

³² MATO PACÍN, M.N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Colección Derecho Privado BOE, Madrid, 2017, pp. 31-32.

³³ URÍA, R., “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, *RDM*, núm. 62, 1956, p. 222.

³⁴ VAQUERO PINTO, M.J., “Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas”, *Universidad de Salamanca*, 2022.

generales de la contratación³⁵ y la incorporación de su contenido, a través de la Disposición Adicional primera de la LCGC, a la LGDCU de 1984 y que, como también se ha visto, se sigue reflejando en el TRLGDCU. Sin embargo, una de las controversias más destacadas en relación con la claridad y/o transparencia de estos contratos celebrados con consumidores tendrían lugar después, con la declaración de nulidad de las conocidas como “cláusulas suelo” en los préstamos hipotecarios a interés variable.

La notoriamente conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013³⁶ vino a declarar nulas las “cláusulas suelo” que no cumpliesen con los requisitos de transparencia necesarios³⁷. Se entiende desde entonces que los artículos 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE y los artículos 60.1 y 80.1 del TRLGDCU exigen que las condiciones generales en los contratos celebrados con consumidores cumplan también con este requisito de transparencia³⁸, generando una doctrina que se ha reiterado en numerosas ocasiones, entre otras, en la STS 367/2017, de 8 de junio, y en las que en ella se mencionan³⁹.

De esta manera, las condiciones generales incluidas en estos contratos no sólo tienen que someterse al control o filtro de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, sino que también han de soportar un control de transparencia. El mismo sólo se superará cuando el consumidor haya podido disponer “antes de la celebración del contrato de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración”⁴⁰, es decir, pretende la jurisprudencia que, desde el principio, se pueda intuir con facilidad la verdadera carga económica que supone el contrato. Por tanto, es el objetivo de este control de transparencia que, aunque se trate de cláusulas que hayan superado el de inclusión, el consumidor no desconozca su verdadero significado, como igualmente (es decir, siguiendo la línea de la de 9 de mayo de 2013) señalaron las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo n.º 367/2017, de 8

³⁵ Esta Ley, en su artículo segundo, enuncia su intención de proteger los intereses de cualquiera que contrate con alguien que utilice estas condiciones generales.

³⁶ STS núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013, aclarada por Auto del Pleno de la Sala Primera del TS, de 3 de junio de 2013.

³⁷ GARCÍA MONTORO, L., “Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 300-301.

³⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, P. “¿Qué pasó con las cláusulas suelo? Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 91-92.

³⁹ Concretamente, en el Fundamento de Derecho VI, se alude a la ya destacada STS 241/2013 y se continúa la misma línea doctrinal en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; 705/2015, de 23 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; y 171/2017, de 9 de marzo.

⁴⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “¿Qué paso con las cláusulas suelo? Análisis...”, ob. cit., p. 92

de junio de 2017, n.º 593/2017, de 7 de noviembre de 2017 y n.º 38/2018, de 24 de enero de 2018 (especificando esta última el caso de una subrogación en el préstamo pero recogiendo también todas las sentencias que se han mencionado con anterioridad).

En este sentido se pronunció también el TJUE en sus Sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove; 21 de diciembre, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo; y 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc y otros. En ellas se expone que no basta con que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que también es necesario que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas. Se reitera por tanto la idea de que el consumidor informado pueda anticipar la carga económica y jurídica del clausulado del contrato. En otras palabras, y relacionando estas resoluciones con las del Tribunal Supremo, las cláusulas contenidas en este tipo de contrato no únicamente deberán cumplir el control de incorporación exigible a las mismas, sino que también deben superar el denominado control de transparencia material, permitiendo al adherente conocer de manera apropiada las obligaciones que supone el contrato.

Como resultado de esta doctrina se puede entender que, cuando el TS y el TJUE hablan de transparencia, pretenden conectar este control con un entendimiento del pacto y con la posibilidad de comparar ofertas en la fase precontractual⁴¹. Esta conexión se mantendrá durante el estudio de los expedientes del SRBE, analizando, por una parte, aquellas resoluciones relativas a la comprensibilidad de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo hipotecario y, por otra, las relacionadas con la entrega de información precontractual al cliente bancario, cuyo contenido además debe mantenerse en los mismos términos hasta la firma del contrato ya que, en caso de que se pretendan hacer modificaciones, éstas se deberán comunicar y aceptar con antelación.

1.4.2. Atribución de los gastos de constitución o formalización del préstamo

Otra cuestión bastante controvertida, también en materia de contratos de préstamo con garantía hipotecaria, ha sido la atribución de todos los gastos de

⁴¹ En concreto, en relación con la posición del TJUE, vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, *RDC*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo 2019), p. 368 y ss.

constitución al prestatario⁴², incluyendo tanto la preparación, como la formalización, modificación y subsanación, registro y ejecución del mismo. En este sentido se pronunció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, declarando nulas las cláusulas de determinados contratos con garantía hipotecaria que implicaban tan desigual reparto de costes.

Siguiendo esta línea jurisprudencial se dictaron las Sentencias n.º 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, donde ya se indicaban las pautas de distribución de los aludidos gastos de constitución entre prestatario y prestamista, haciendo referencia expresa a los aranceles notariales, registrales y a los costes de gestoría⁴³. El Alto Tribunal, en su Sentencia n.º 457/2020, de 24 de julio, ha confirmado esta tendencia, repartiendo por igual los gastos notariales y atribuyendo únicamente al prestamista los registrales.

Sin embargo, lo que se empezaba a conformar como doctrina asentada, se contradice en la Sentencia n.º 555/2020, de 26 de octubre, al indicar que la división de los gastos por partes iguales no se ajusta adecuadamente a la doctrina del TJUE. Justifica su decisión el Tribunal en que, antes de que se promulgara la Ley 5/2019, ninguna norma imponía al prestatario el pago de la totalidad o una parte de los gastos hasta ahora analizados, dando por tanto la razón al TJUE e imponiendo el deber al prestamista de devolver al consumidor tales costes.

Lo anterior permite poner de manifiesto la indudable litigiosidad respecto a la abusividad⁴⁴ en el reparto de los costes de constitución o formalización del préstamo como consecuencia de las cláusulas que se incluyen en esta modalidad contractual.

⁴² GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas”, *RDM*, núm. 43. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/5015-efectos-de-la-nulidad-de-las-clausulas-abusivas> [Consulta: 11 de abril de 2022].

⁴³ A este respecto conviene añadir que el TJUE mantiene esta doctrina con su Sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/2019 y C-259/19), añadiendo además que, en aquellos casos donde se declare la nulidad de estas cláusulas que atribuyen al prestatario el global de los gastos de formalización y cancelación de la hipoteca, si el juez denegara la devolución al consumidor de esas cantidades, estaría contradiciendo los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE, a menos que el derecho nacional atribuyera al consumidor el pago de dichos costes en defecto de tal cláusula.

⁴⁴ Sobre las posibles soluciones a estas y otras cláusulas abusivas, vid. MARTÍN PÉREZ, J.A., “Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en AA.VV. (dir. SÁNCHEZ BARRIOS, M.I.), *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 311 y ss.

CAPITULO 2. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE Y DEFENSOR DEL CLIENTE EN LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.

2.1. Consideraciones generales sobre la protección institucional al cliente bancario.

Si bien la protección contractual que implica la hipoteca se encontraba en el Código Civil, este apartado se centra en la protección institucional que, por una parte, ofrece la propia entidad de crédito a través de los Servicios de Atención al Cliente o del Defensor del Cliente y, por otro lado, amplía el Banco de España a través de su Servicio de Reclamaciones. Y es que, hasta el momento, se ha abordado el amparo del cliente bancario como consumidor, teniendo que recordar que la protección de los derechos e intereses de estos clientes bancarios irradia desde la propia Constitución Española de 1978⁴⁵, siendo concretamente el art. 51 el que refleja que los poderes públicos han de garantizar la defensa de los intereses económicos de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces.

Pero, además, existe esta vertiente institucional de protección al cliente que se materializa tanto en normas de naturaleza privada como pública, calificándose estas últimas como normas de Derecho administrativo económico, corroborando así la tendencia en la publicación del Derecho mercantil⁴⁶. Así, resumiendo, aparte de la protección contractual que se deriva de los contratos bancarios existe una protección institucional⁴⁷ del cliente bancario.

2.2. Regulación relativa a los Servicios de Atención al Cliente, el Defensor del Cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España

Es momento ahora de localizar la legislación que supone el origen de los mecanismos de tutela extrajudicial para los prestatarios y que, eventualmente, acabarán en el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Para ello, y siguiendo la misma dinámica que en el capítulo anterior, se distinguirá entre normas con rango de ley y normas sin rango de ley.

⁴⁵ GARCÍA PRADO, E., *Atención al cliente y tramitación de consultas de servicios financieros*, Ediciones Paraninfo, Madrid, 2014, pp. 1-7.

⁴⁶ SÁNCHEZ BARRIOS, J.L., “Derecho bancario. Aspectos Institucionales”, Universidad de Salamanca, 2020.

⁴⁷ A este respecto también se puede consultar SÁNCHEZ BARRIOS, J.L., *Los fondos de garantías de inversiones y la protección del pequeño inversor*, Salamanca, 2002, por aludir a esta protección institucional, aunque en el ámbito de los fondos de garantías de inversiones.

2.2.1. Normas con rango de ley

Delimitando el análisis al sector financiero, los mecanismos extrajudiciales mencionados en el anterior apartado encuentran su desarrollo en la *Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*. Es en este caso el artículo 29 el que, bajo la rúbrica de “Departamento de atención al cliente y Defensor del Cliente” impone la obligación a las entidades de crédito, aseguradoras y de servicios de inversión, de recibir y resolver las reclamaciones y quejas que los usuarios de sus productos puedan presentar en defensa de sus derechos. Añade el precepto que tal servicio se prestará por el departamento o servicio de atención al cliente creado a tal efecto. Deja la puerta abierta, sin embargo, a la designación de un Defensor del Cliente por parte de cada empresa o grupo de ellas. Ahora bien, en caso de que efectivamente se conforme, éste deberá ser “una entidad o experto independiente de reconocido prestigio”. La vinculación de la entidad a la decisión de este Defensor del Cliente viene impuesta por el apartado segundo de este mismo artículo, sin impedir, como ya se ha introducido, otros mecanismos de resolución de conflictos o la propia tutela judicial.

Como más adelante se comprobará, la mención al anterior artículo se hace imprescindible atendiendo al proceso de presentación de reclamaciones o quejas ante el Banco de España. Pero, en este mismo sentido, el artículo 30 de este cuerpo legal regula la presentación de reclamaciones ante los servicios del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Si bien es la primera de estas instituciones la que aquí se analizará, el proceso es común para estos tres órganos y se contempla en el apartado segundo de este extenso artículo⁴⁸.

⁴⁸ Una regulación prácticamente paralela se encuentra, para el resto del sector, en la *Ley 35/2003* (vigente pero modificada por última vez en noviembre de 2021), *de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva* donde, el artículo 48 (modificado en el año 2011), recalca de nuevo la obligación de atender y resolver las reclamaciones y quejas que presenten los accionistas de las sociedades de inversión y los partícipes de los fondos de inversión en defensa de sus derechos legalmente reconocidos. Se hace igualmente imprescindible la conformación de un departamento o servicio de atención al cliente y, del mismo modo, se alude a la posibilidad de designar un Defensor del Cliente en iguales términos a los que la anterior normativa reflejaba.

En el sector asegurador se pronunció también en esta línea la *Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados*, obligando los artículos 44 y 45 a recibir y solventar las quejas y reclamaciones de su clientela y sometiéndose a un posible Defensor del Cliente, ley que ha sido derogada por el *Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales*.

Como ya se ha señalado en otros apartados, especial mención merece la regulación de esta cuestión en la contratación con consumidores. Así, el TRLGDCU, reconoce, en su artículo 21, la necesaria puesta a disposición de oficinas y servicios de información y atención al cliente por parte de las empresas (entidades de crédito en nuestro caso). Podemos indicar, además, que este precepto esboza ya las características principales que deben estar presentes en estos departamentos, teniendo que prevalecer el principio de accesibilidad universal, una clara identificación de los mismos y una limitación en el coste (para aquellos casos en que la atención se preste a través de medios telefónicos). Actúa por lo tanto como una norma de refuerzo de la obligación ya incluida en esas otras normas específicas del sector financiero, donde no necesariamente se contrata únicamente con prestatarios que adquieren la condición de consumidores.

2.2.2 Normas sin rango de ley

La Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el Defensor del Cliente de las entidades financieras⁴⁹. Si bien su contenido se abordará en el siguiente apartado, cabe decir ahora que corresponde al art. 2 concretar su ámbito de aplicación, extendiéndose a las entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de pago, entidades de dinero electrónico, empresas de servicios de inversión, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades aseguradoras, las entidades gestoras de fondos de pensiones con las precisiones establecidas en la disposición adicional primera, las sociedades de correduría de seguros y las sucursales en España de las entidades enumeradas con domicilio social en otro Estado. Pero es que, además y a fin de enlazar con la siguiente normativa, conviene retrotraerse al preámbulo pues, en él, no sólo se alude a la ya mencionada Ley 44/2002, de 22 de noviembre, pretendiendo completar el procedimiento que en ella se contempla y asegurando así un nivel de protección adecuado para sus clientes, sino que también se dilucida la existencia de un Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros, que sólo actuará tras haber acudido al servicio o unidad de la entidad correspondiente.

⁴⁹ Esta orden derogó la mencionada Orden, de 12 de diciembre de 1989, que había sido comentada por GALÁN CORONA, E, “La protección del consumidor como usuario de servicios bancarios”, ob. cit. Sin embargo, se puede añadir aquí también que este mismo autor considera que, aunque estas órdenes ministeriales y circulares del Banco de España no son fuente de contratación bancaria, son normas de ordenación bancaria. De tal manera que, si una entidad de crédito no respeta esa normativa, se podrá ver expuesta a sanciones, influyendo, por tanto, de una manera indirecta en el contenido de los contratos.

La Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Aunque también se aludirá a su contenido en siguientes apartados, la rúbrica del séptimo artículo (“Reclamación o queja previa ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o partícipe”) permite confirmar lo que ya introducía el referido preámbulo de la Orden ECO/734/2004 y que está en la siguiente norma a destacar, la Circular 5/2012.

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 también es relevante en esta materia, destacando el contenido de sus Capítulos II y III donde, de manera novedosa, se regula la información sobre tipos de interés y comisiones que estas entidades de crédito deben poner al alcance del público. Esta disposición derogó la muy trascendente Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela⁵⁰.

2.3. Los Servicios de Atención al Cliente

Tal y como indica el preámbulo de la norma aplicable a estos departamentos, la ya mencionada Orden ECO/734/2004, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y las entidades aseguradoras deberán contar con un departamento o servicio de atención al cliente que responderá de los deberes atribuidos en el art. 3 de este mismo cuerpo normativo y que principalmente consisten en la atención y resolución de las quejas y reclamaciones que sus clientes presenten.

Es el art. 4 el que incide de una manera más específica en la estructura organizativa que deben presentar estos departamentos, señalando la importancia de que estén especializados en la tarea mencionada, aspecto que también destaca el art. 6, donde igualmente se pone de manifiesto que estas entidades deben adoptar las medidas oportunas para separar de la organización este servicio o departamento de los restantes, ya sean comerciales u operativos. De igual manera se indica en este cuarto artículo la

⁵⁰ Esta orden, que podría incluirse también el apartado 1.3.2 de este trabajo, destacaba por su Capítulo II, donde encontraba regulación la organización y el funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Añadir, además, que esta circular sufrió diversas modificaciones, entre ellas, por la Circular 1/2000, de 28 de enero, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990.

posibilidad de que las entidades que formen parte de un mismo grupo puedan disponer de un departamento único.

Añade el art. 5 que los titulares de este servicio deberán ser personas con honorabilidad⁵¹ comercial y profesional, calificación que, en este sector, implica que se haya observado una trayectoria personal respetando las leyes mercantiles u otras de la actividad económica, así como las buenas prácticas financieras. En el párrafo segundo de este mismo precepto se alude a su designación, teniendo que corresponder al consejo de administración u órgano equivalente de la entidad. Designación que tenía que trasladarse al Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros⁵² y a la autoridad o autoridades supervisoras, tal y como indica el art. 5.3.

Si bien más adelante se subrayará el imprescindible papel que desempeña este servicio en la tramitación de quejas o reclamaciones ante el SRBE, se puede aludir ahora a su reglamento de funcionamiento. Correspondiéndole al art. 8 su desarrollo, deberá contener la duración del mandato, las causas de incompatibilidad del titular, una relación clara de los asuntos atribuidos al Defensor del Cliente, el deber de los restantes departamentos de facilitar la actuación de este servicio, el plazo para la presentación de reclamaciones y la concreción de los trámites internos para dicha presentación.

Sobre esta figura añadir que, aunque se trata de un departamento integrado en la estructura orgánica de la empresa, se busca una separación formal y real⁵³, para minimizar los posibles conflictos de intereses. Por lo anterior, aunque el reglamento de funcionamiento no tiene que concretar la posibilidad de reelección del titular, parece razonable que sean las propias entidades quienes limiten esta posibilidad. Mayor controversia provoca el hecho de que, a diferencia de lo que se verá con respecto al

⁵¹ A este respecto, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, Madrid, 1993. Se señala en esta obra que si bien los requisitos varían sectorialmente (como se ve en este caso) se podían extraer del texto original del artículo 44 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres los criterios generales para la atribución de esta calificación: no haber sido condenados por sentencia firme por delitos dolosos, no haber sido condenados por sentencia firme a penas de inhabilitación o suspensión y no haber sido sancionados de forma reiterada por resolución firme por infracciones muy graves.

⁵² Como indica GARCÍA PRADO, E., *Atención al cliente y tramitación de consultas de servicios financieros*, Ediciones Paraninfo, Madrid, 2014, p. 22, esta figura de los Comisionados fue creada por la Ley de Medidas de Reformas del Sistema Financiero del año 2002 con el objetivo de proteger los derechos del usuario de servicios bancarios pero fue sustituida por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones como consecuencia de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

⁵³ BARRAL VARELA, G., “El Servicio de Atención al Cliente en las entidades de crédito”, *Revista CESCO de Consumo*, núm. 5, 2013, p. 205.

Defensor del Cliente, la norma no mencione el carácter vinculante de las resoluciones del SAC. No obstante, aunque se podría argumentar que el legislador hubiera incluido esa mención de haberlo deseado, el sentido común lleva a pensar que, de no ser vinculantes, se vulneraría la autonomía e independencia del mismo y se vaciaría de significado a esta figura que pretende una solución alternativa a la tutela judicial⁵⁴.

2.4. El Defensor del Cliente

Aunque en ocasiones esta Orden se refiere de manera conjunta a los servicios de atención al cliente y al propio Defensor del Cliente (como ocurre en el art. 5), la norma también se centra en esta última figura. A este respecto, el art. 4.2 señala la posibilidad de las entidades de designar un Defensor del Cliente, correspondiéndole la resolución de las reclamaciones que se sometan a su decisión, según se disponga en su reglamento. Igualmente, el art. 7, recuerda la necesidad de independencia en sus actuaciones, pretendiendo una total autonomía en los criterios y directrices que considere aplicar. La norma, de nuevo, exige el requisito de que, quien ocupe este cargo, “sea una persona o entidad de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero” (art.7.2).

Destaca, sin embargo, el párrafo tercero de este mismo art. 7, donde se indica, de manera expresa (y a diferencia de lo que ocurre respecto a los SAC) que las decisiones del Defensor del Cliente vincularán a la entidad cuando sean favorables al reclamante. En este sentido, se pronuncia, por ejemplo, el art. 12.3 del Reglamento del Banco Santander⁵⁵, mientras que, por otra parte, el art. 16.7 del Reglamento para la defensa del cliente en España del Grupo BBVA⁵⁶ indica que serán vinculantes no sólo las decisiones de este Defensor del Cliente sino también las del SAC de la entidad.

Así, si bien se obliga a la creación de un SAC, no necesariamente se ha de contar con un Defensor del Cliente. Ahora bien, si existen ambos, no tienen por qué tener las mismas competencias, sino que se diferenciarán en su reglamento, pudiendo incluso convertirse el Defensor del Cliente en una segunda instancia del SAC⁵⁷.

⁵⁴ BARRAL VARELA, G., “El Servicio de Atención al Cliente en las entidades de...”, *ibid.*, p. 206.

⁵⁵ BANCO SANTANDER, Reglamento del Defensor del Cliente, 2022, disponible en: https://www.bancosantander.es/wcm/connect/www.bancosantander.es24647/cb76cdea-0e3c-4139-96de-4ba9be117651/Reglamento_del_Defensor_del_Cliente.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nBwz8rH

⁵⁶ BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, Reglamento para la defensa del cliente en España del Grupo BBVA, 2022, disponible en: <https://www.bbva.es/content/dam/public-web/bbvaes/documents/legal/reglamento-defensa-cliente.pdf>

⁵⁷ BARRAL VARELA, G., “El Servicio de Atención al Cliente en las entidades de...”, *ob. cit.*, p. 206.

CAPÍTULO 3. PAPEL DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA EN LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

3.1. El Banco de España: breve aproximación conceptual y funcional

El Banco de España encuentra su regulación en la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, que fue modificada por la disposición adicional 24ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, y por la Ley 12/1998, de 28 de abril. Su primer artículo delimita la naturaleza de esta institución, estableciendo que “el Banco de España es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia”.

En este sentido, explica DEL CAÑO PALOP⁵⁸, que esta consideración como entidad de Derecho público fue consecuencia directa del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España, dejando atrás su condición de sociedad anónima de capital público. Sin embargo, señala también que no es posible encuadrar a esta institución en ninguna de las categorías generales que existían hasta el momento (organismos autónomos, sociedades y agencias estatales o entidades empresariales públicas) y que, por ello, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su Disposición Adicional 8ª, indica que se regirá por su legislación específica, configurándose como una entidad de Derecho público especial⁵⁹.

Aunque no sea el objeto de este trabajo, con el fin de vislumbrar cómo llevará a cabo estas funciones, se puede hacer una breve mención a su autonomía y capacidad. Y es que, siguiendo el ejemplo de la Reserva Federal norteamericana y del Bundesbank alemán, la Ley 13/1994 pretende evitar la subordinación de la estabilidad monetaria a las exigencias de la política social y económica, salvaguardando su autonomía⁶⁰. A ello

⁵⁸ DEL CAÑO PALOP, J.R., ““El Banco de España. El Banco de España. Organización y funciones en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria”, en ZUNZUNEGUI, F. (dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2012, p. 53.

⁵⁹ Sobre el Banco de España, también es importante resaltar que, en 2015, se produce su integración en el Mecanismo Único de Supervisión. A este respecto, vid. SÁNCHEZ BARRIOS, J.L., “Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *AIS*, 2015, pp. 231 y ss. Y, sobre los aspectos institucionales de la Unión Monetaria, vid. PRADO PRADO, G., *La autoridad monetaria en el sistema institucional de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2006.

⁶⁰ LEGUINA VILLA, J., “Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 310.

también colabora la atribución de plena capacidad jurídica pública y privada (como indica el art. 1.1).

Dicho esto, atendiendo ahora a sus funciones, la propia Ley 13/1994, las enumera en el quinto párrafo del art. 7, siendo éstas: la posesión y gestión de las reservas de divisas y metales preciosos que no se transfieren al BCE, la promoción de la estabilidad y el buen funcionamiento del sistema financiero, la circulación de la moneda metálica, la prestación de los servicios de tesorería y de agente financiero de la Deuda Pública, el asesoramiento del Gobierno y la realización de informes y estudios procedentes, la elaboración y publicación de las estadísticas relacionadas con sus funciones y el resto que la legislación le atribuya. Estas mismas funciones se destacan por el propio BANCO DE ESPAÑA⁶¹ en su página web, concretamente, aludiendo a su capacidad para desempeñar las operaciones para el cambio de divisas, proteger el funcionamiento de los sistemas de pago y emitir la moneda y billetes de curso legal.

3.2. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España

3.2.1. Función del Servicio de Reclamaciones

Junto a las anteriores, nos centramos ahora en las funciones que se recogen en el apartado quinto letra g) y sexto de este mismo art. 7: la respuesta a la consulta de los interesados sobre el ejercicio de sus competencias ejecutivas en materia de supervisión e inspección de entidades y la supervisión de la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa por parte de las entidades de crédito. Y es que, concretamente, dentro de la institución del Banco de España, será el Servicio de Reclamaciones (SRBE) quien se encargue de las mismas, tal y como dispone el ya mencionado art. 30 de la Ley 44/2002. Es decir, la supervisión bancaria entendida como un sistema de vigilancia sobre las actuaciones de las entidades crediticias, garantizando su adecuación a la normativa vigente, se configura como una de las funciones desempeñadas por este Servicio⁶². Así, en resumidas cuentas, el SRBE es un departamento específico que atiende las quejas y reclamaciones formuladas a consecuencia de la actividad de las entidades de crédito.

⁶¹ BANCO DE ESPAÑA, “Funciones”, *Sobre el Banco*, disponible en <https://www.bde.es/bde/es/secciones/sobreelbanco/funcion/Funciones.html>

⁶² LOZANO GUTIÉRREZ, M.C. y FUENTES MARTÍN, F., “Una metodología de recomendación al cliente bancario a partir del historial de reclamaciones bancarios”, *Atlantic Review of Economics*, vol. 1, 2017. p. 4.

Cabe añadir también, desde otro punto de análisis, que este Servicio se incorpora dentro del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR), encargado de las competencias en materia de conducta de mercado, transparencia informativa o buenas prácticas. Y, de hecho, las genéricas funciones aquí enumeradas se materializan en la actuación del SRBE mediante la publicación de una Memoria anual en la que se incluye, por una parte, un resumen de las reclamaciones resueltas durante ese periodo de tiempo y, por otra, una relación de lo que considera buenas o malas prácticas bancarias.

Para que el SRBE pueda llevar a cabo de manera eficiente la resolución de las reclamaciones y quejas que formalicen los usuarios de las entidades por él supervisadas, siempre que estén relacionadas con sus intereses y/o derechos legalmente reconocidos, será necesario que su comportamiento se rija por los principios de contradicción, transparencia, legalidad, eficacia, libertad y representación. Y, analizada la situación, podrá informar a los servicios de supervisión para evitar incumplimientos graves o reiterados que afecten a los prestatarios y que vayan contra las buenas prácticas bancarias⁶³. En estas ocasiones, estos servicios de supervisión podrán llegar incluso a la instrucción de expedientes o el establecimiento de sanciones⁶⁴.

Conviene aquí diferenciar el concepto de reclamaciones y quejas. Definidas en el art. 3 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, serán quejas las que presenten los clientes de servicios bancarios por las desatenciones, demoras o cualquier otro tipo de actuación deficiente que hayan observado en el normal proceder de la entidad⁶⁵, mientras que las reclamaciones serán las presentadas por estos mismos usuarios con la intención de obtener la restitución de un interés o derecho, perjudicado como consecuencia de un concreto hecho de tales entidades financieras, como dispone el párrafo segundo de este dicho artículo. Cabe igualmente señalar ahora que serán estas últimas, las reclamaciones de los clientes bancarios, las que centrarán el análisis en apartados posteriores.

⁶³ DEL CAÑO PALOP, J.R., “El Banco de España...” ob. cit., p. 83.

⁶⁴ LOZANO GUTIÉRREZ, M.C, y FUENTES MARTÍN, F., “Una metodología de recomendación...”, ob. cit., pp. 4-5, disponible en: <http://hdl.handle.net/10419/191958>

⁶⁵ AGUILAR ALONSO, I., “La Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 34, 2013, p. 101.

3.2.2. Limitaciones en su competencia

En primer lugar, en cuanto a los sujetos, el Servicio de Reclamaciones únicamente tiene competencia sobre las actuaciones realizadas por aquellas entidades de crédito por él supervisadas⁶⁶, es decir, entidades de crédito (bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, sucursales de entidades de crédito extranjeras) u otras entidades (establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico, entidades de pago, sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento, establecimientos de cambio de moneda autorizados, sociedades de tasación, sociedades de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria, fundaciones bancarias y entidades prestadores de servicios de información de cuentas). Quedando excluidas otras como los servicios de morosos o impagados.

Por otra parte, y en relación con lo tratado en el apartado 1.4, también quedan fuera de la competencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España las reclamaciones que se hayan convertido en objeto de litigio ante los Tribunales de Justicia⁶⁷, debiendo respetar la competencia de la jurisdicción ordinaria y siempre teniendo en cuenta que las posibles resoluciones de este Servicio no constituyen una segunda instancia⁶⁸.

Igualmente, este Servicio no podrá pronunciarse sobre aquellos aspectos que se incluyan en el ámbito de otros organismos de supervisión, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros, a los que ya se refería la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre.

3.2.3. Procedimiento ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y el inevitable trámite ante el Servicio de Atención del Cliente o Defensor del Cliente de las entidades de crédito.

La Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, se configura como la normativa de referencia en el procedimiento para la reclamación y queja ante el SRBE.

⁶⁶ BANCO DE ESPAÑA, “Entidades supervisadas”, La función supervisora del Banco de España, disponible en: <https://cutt.ly/uKS9Shn>

⁶⁷ Tal y como se disponía en la norma vigésimo sexta de la Circular 8/1990, sustituida por la Circular 5/2012. Sobre estas circulares y el resto mencionadas, vid. MÉNDEZ LAMELA, C. *La protección del consumidor ante la publicidad de productos y servicios bancarios y de inversión. Análisis de la Circular 4/2020 del Banco de España y la Circular 2/2020 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores* (Trabajo de Fin de Grado tutelado por SÁNCHEZ BARRIOS, J.L.), Universidad de Salamanca, 2021.

⁶⁸ FARRANDO, I. “Criterios del Servicio de Reclamaciones...”, ob. cit., p. 107.

En este sentido, en primer lugar, hay que señalar a quién corresponde la legitimación para el ejercicio de estas quejas o reclamaciones ante el SRBE, la cual se recoge en el art. 3. Del mismo se desprende que estarán legitimadas tanto las personas físicas como jurídicas, extranjeras o españolas, siempre que estén debidamente identificadas y actúen en su condición de usuarios de los servicios ofrecidos por estas entidades financieras supervisadas por el Banco de España. Se incluye también a las organizaciones que actúen en defensa de los intereses de los particulares, así como a las oficinas y servicios de información y atención al cliente del art. 21 del TRLGDCU.

Dicho esto, y antes de comenzar la explicación del procedimiento en un sentido estricto, hay que hacer una mención al inevitable trámite que supone la actuación ante los servicios de atención al cliente y el Defensor del Cliente. Este paso previo se exige por el art. 7 de esta misma Orden, donde se indica que, para poder comenzar este procedimiento ante el SRBE, se hace imprescindible haber acreditado la formulación de tales quejas o sugerencias ante el SAC o el Defensor del Cliente correspondiente. Así, tal y como indica el párrafo segundo de este mismo artículo, el cliente bancario podrá presentar su reclamación ante el SRBE únicamente cuando haya sido denegada la admisión a trámite de tales reclamaciones o quejas por parte del SAC o Defensor del Cliente de la entidad de crédito o bien cuando sus pretensiones hayan sido desestimadas total o parcialmente. Por último, también se podrá recurrir a este Servicio de Reclamaciones del Banco de España en caso de que transcurran dos meses desde la fecha de presentación en el SAC o en el Defensor del Cliente sin que haya sido resuelta.

No obstante, se contempla una excepción. Indica el art. 7, en su cuarto párrafo, que no será preciso para la admisión a trámite de estas reclamaciones acreditar el requisito anterior cuando tengan por objeto el incumplimiento o la demora de una decisión favorable al cliente, emitida por estos departamentos de la entidad de crédito.

Dicho esto, corresponde ahora analizar el procedimiento en sentido estricto. Así, sin entrar en el contenido que puede incluir esta reclamación o queja (y que se recoge en el art. 6), es el art. 5 el que señala la posibilidad de presentar estas quejas o reclamaciones en papel o por medios telemáticos, concretamente, a través de los registros electrónicos que habilite el Banco de España⁶⁹. Recibidas las reclamaciones o

⁶⁹ Aunque aquí se haga referencia exclusivamente al Banco de España, el artículo 4 contempla la posibilidad de presentar la reclamación ante cualquiera de los tres servicios que regula esta Orden: el Banco de España, la CNMV y la DGSFP pues, en caso de que no fuera competente, la remitiría inmediatamente al que sí lo fuera.

quejas, se verificará el cumplimiento del ya explicado trámite ante el SAC o ante el Defensor del Cliente, procediendo a la apertura de un expediente en caso de que se cumplan estos requisitos (art. 7.3) y siempre que no se incurra en ningún supuesto de inadmisión (art. 10).

Se comunicará entonces, tanto al interesado como a la entidad reclamada⁷⁰, tal situación. A ésta última se le remitirán una copia de las reclamaciones y documentos aportados, quien ahora tendrá quince días hábiles para presentar las alegaciones que tenga por conveniente (como dispone el segundo párrafo del art. 11.1). Tras estos, el reclamante tendrá opción de pronunciarse sobre tales reclamaciones en el mismo plazo. Es el artículo siguiente, el duodécimo, el que indica que el expediente deberá concluir en un plazo máximo de cuatro meses con un informe; aunque si no se emite en ese tiempo, esto no supondrá la aceptación de las reclamaciones. Indica el párrafo cuarto de este mismo artículo que dicho informe, debidamente motivado y con unas conclusiones claras, será notificado tanto a los interesados como a la entidad reclamada en el plazo de diez días desde la fecha de emisión.

Este procedimiento es común para reclamaciones y quejas, tal y como señala el art. 13, con la única excepción de que los plazos se reducen a cinco y diez días hábiles (en vez de diez y quince) y el expediente deberá concluirse en el plazo de tres meses, en vez de cuatro cuando se trate de una queja. Añadir, finalmente, que el desistimiento del reclamante puede ocurrir en cualquier momento, finalizando el procedimiento de manera inmediata. Sin embargo, el Servicio podrá decidir continuar con el expediente si considera que lo que en él se trata representa un interés general⁷¹.

3.2.4. Efectividad y trascendencia de las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Las resoluciones emitidas por el SRBE carecen de carácter vinculante para las partes y no adquieren tampoco la consideración de acto administrativo recurrible⁷² (tal y como indica el art. 11.1 de la Orden ECC/2502/2012). Sin embargo, una resolución

⁷⁰ LOZANO GUTIÉRREZ, M. C., *Manual de prácticas bancarias*, CRAI Biblioteca, Cartagena, 2018, p. 59.

⁷¹ En este sentido, vid. AGUILAR ALONSO, I., “La Orden ECC/2502/2012...”, ob. cit., p. 105.

⁷² Al respecto, vid. DEL CAÑO PALOP, J.R., “El Banco de España...”, ob. cit., p. 83.

desfavorable para la entidad crediticia conllevará la obligación de informar a este Servicio sobre la rectificación voluntaria en el plazo de un mes⁷³ desde su notificación.

Una parte de la doctrina⁷⁴ también se permite cuestionar la efectividad de este Servicio al resultar de su estudio que, tras analizar un considerable número de reclamaciones procedentes de clientes víctimas de malas praxis financieras, son escasísimas las rectificaciones por parte de las entidades de crédito, quedando reducida a la vía judicial las posibilidades de solución para el cliente. Así, estas simples recomendaciones de rectificación en ocasiones son tachadas de métodos pasivos⁷⁵ ante incumplimientos que representan un perjuicio para los derechos del cliente bancario, que viene a ser normalmente la parte más débil en la relación contractual bancaria.

Sin embargo, para sostener o desvirtuar las anteriores afirmaciones se puede hacer un análisis estadístico a base de los datos recogidos al inicio de las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Así, de las reclamaciones admitidas a trámite en 2020, 2.239 expedientes finalizaron con un informe favorable para la entidad, mientras que 2.632 acabaron con un informe en beneficio del reclamante. Sin embargo, de estos últimos, las entidades han rectificado sus actuaciones únicamente en un 44% de las ocasiones, es decir, en 1.159 de los expedientes. Pero este dato no puede interpretarse por sí mismo, ya que existe la posibilidad de que la entidad rectifique con anterioridad al informe, es decir, se allane. Teniendo en cuenta esta circunstancia, la situación cambia radicalmente, al ver el cliente satisfechas sus pretensiones en muchas más ocasiones. Concretamente, entre allanamientos e informes favorables al consumidor que suponen una corrección de las malas prácticas llevadas a cabo por la entidad de crédito, el porcentaje total de rectificaciones se llegó a situar en el 73,1%, aunque en 2020 descendió al 69,4%, lo que supone un incremento de más de un 25% con respecto a si únicamente se consideran los informes favorables.

En otras palabras, se puede concluir que, después de haber acudido al Banco de España, el reclamante ve satisfechas sus pretensiones, por corregir la entidad sus actuaciones, en siete de cada diez reclamaciones que son favorables al mismo, contradiciendo parcialmente la posición doctrinal que se ha señalado.

⁷³ Como indicaba la norma vigésimo tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, regulándose ahora en la Circular 5/2012.

⁷⁴ LOZANO GUTIÉRREZ, M.C. y FUENTES MARTÍN, F., “Una metodología de recomendación...”, ob. cit., p. 4.

⁷⁵ LOZANO GUTIÉRREZ, M.C. y FUENTES MARTÍN, F., “Una metodología de recomendación...”, ibid., p. 4.

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES MÁS RELEVANTES DEL SRBE EN MATERIA DE PRÉSTAMOS BANCARIOS.

Hasta el momento se ha introducido el contrato que es objeto de estudio, se ha delimitado la normativa que podrían esgrimir los contratantes y, de forma paralela, se ha presentado la opción extrajudicial que permite la normativa y que consiste en recurrir a los Servicios de Atención al Cliente o al Defensor del Cliente y, si no se consigue el objetivo deseado, al Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Es momento ahora de fusionar las líneas de investigación.

Para ello, se va a recurrir a las resoluciones o expedientes que se resumen en las Memorias y que, como ya se introdujo, el Servicio presenta de forma anual. Dentro de las mismas, se prestará atención a aquel apartado que trate aspectos relacionados con el contrato de préstamo bancario con garantía hipotecaria, donde actúa como denominador común la necesidad de claridad y transparencia con el cliente. Y es que, como ya se vio en el apartado 1.4, muchos de los grandes litigios relativos a este tipo de contrato tenían, como asunto de fondo, la abusividad de ciertas cláusulas incluidas en el mismo. Es por ello que, a fin de evitar futuros pleitos, el SRBE ha tratado de establecer lo que él considera que son buenas prácticas bancarias en este sentido, asegurando los derechos de los clientes y limitando la situación de superioridad de la entidad crediticia.

Por otro lado, las Memorias también dedican un apartado específico para la información previa a la contratación hipotecaria. Cuestión que, como también se ha abordado, es objeto de regulación en muchas de las normas aplicables en esta materia y sobre la que también se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Finalmente, igualmente trascendentes son las consideraciones del Servicio sobre los gastos de formalización o constitución en los contratos de préstamos hipotecarios, siendo estos tres apartados, que se detallan en cada Memoria del SRBE, los que van a ser objeto de análisis.

4.1. Claridad y transparencia con el cliente

La jurisprudencia analizada destacó, en un primer momento, el problema relativo a la abusividad de ciertas cláusulas incluidas en contratos de préstamo hipotecario por no superar el requisito de transparencia material. Si bien este pronunciamiento no se dio hasta el año 2013, en un sentido similar se había pronunciado el Servicio de Reclamaciones desde 1993 con respecto a la importancia de

que la información contractual no sea “oscura, vaga, imprecisa” o confusa y de que, la misma, no dé lugar a una interpretación unilateral de estos clausulados contractuales.

En este contexto, el Servicio consideró contrario a las buenas prácticas bancarias que el contrato empleara expresiones o términos que puedan inducir a error como consecuencia de su oscura redacción⁷⁶. Ejemplo de ello es el expediente n.º 846/93⁷⁷ contra Banca Catalana, en el que el Servicio entendió que no se respetaron los principios de claridad y transparencia al incluirse una cláusula reguladora del tipo de interés de la que no se podían deducir con precisión los parámetros para su revisión, pudiendo dar lugar incluso a una interpretación arbitraria sobre su cumplimiento. Semejante fue el caso n.º 20080073⁷⁸, donde se aprecia la vulneración de los mismos principios al no redactarse de forma clara la atribución a los prestatarios de los costes de expedición de la primera copia de la escritura. Así, son frecuentes⁷⁹ los expedientes en los que se pone de manifiesto la importancia de no incluir cláusulas oscuras en estos contratos de préstamo bancario con garantía hipotecaria.

Por otro lado, son numerosas las resoluciones del Servicio de Reclamaciones que señalan que el no informar al cliente con la suficiente claridad, provocando su confusión, también constituye una mala práctica bancaria. A este respecto se puede acudir a los expedientes contra Lico Leasing (n.º 2547/94), donde se utilizó un tipo de referencia para la variación del interés del préstamo que no se encontraba suficientemente definido, o contra Caja de Madrid (n.º 325/95), donde la oferta para la modificación la cláusula de intereses que realizó la entidad era también confusa. Esta última institución (pero en sus expedientes n.º 1117/95 y 177/95) también provocó la confusión del cliente al incorporar en el contrato cláusulas contradictorias entre sí: mientras una establecía los criterios para la variación del tipo de interés, otra contemplaba una cuota fija de amortización. Algo similar ocurrió en el contrato de

⁷⁶ FARRANDO, I., “Criterios del Servicio de Reclamaciones...”, ob. cit., p. 62.

⁷⁷ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 1993, p. 41 (Disponible en <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/19564>).

⁷⁸ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2008, p. 102. (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/2008msr.pdf>).

⁷⁹ Entre otros, en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2002 (p. 39) el n.º 1915/01, 1759/02, 1782/02, 2139/02, 2533/02, 2618/02; en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2001 (p. 42) el n.º 268/01, 801/01, 213/01, 1336/00; y en la Memoria de Reclamaciones de 2000 (p. 42) el n.º 1231/00, 35/00, 861/00, 1605/99.

préstamo facilitado por la Caja de Ahorros de Pontevedra (n.º 1700/95⁸⁰), al redactar una de las estipulaciones de manera que se podía intuir el carácter variable del tipo de interés cuando, de hecho, dicha variación era altamente improbable. A este respecto, cabe señalar también el expediente n.º 2967/03⁸¹, donde igualmente se incluyeron cláusulas contradictorias, si bien, en este caso, una permitía que el prestatario realizara los pagos en la cuenta que él designare mientras que la otra especificaba la cuenta concreta en que realizarlos.

Del mismo modo, el DCMR ha otorgado importancia al hecho de que la información no se presente de forma innecesariamente compleja⁸². O, en otras palabras, ha señalado el problema que puede suponer la inclusión de pactos que, por la forma en que están redactados, impidan la comprensión del contrato de préstamo. Esta causa fue estudiada en la resolución n.º 1667/93⁸³ donde, si bien se hace con referencia a normas derogadas (como la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sustituida por la ya mencionada Orden EHA/2899/2011), se establecía la obligación de garantizar el exacto conocimiento por parte del cliente de las condiciones de las operaciones que está concertando. Concretamente, en este caso, la dificultad en la interpretación era resultado de las constantes remisiones a una u otra estipulación que se producían a lo largo del texto, imposibilitando que el cliente pudiera conocer con precisión y facilidad los términos que firmaba. Actuación que sin duda se aleja de las buenas prácticas bancarias.

Aclarado que la información oscura, confusa o innecesariamente compleja puede derivar en malas prácticas bancarias relativas a la claridad y transparencia con cliente, también será este el caso cuando se produzca una interpretación unilateral de las cláusulas contractuales por parte de la entidad crediticia. En esta línea se pueden encontrar las resoluciones n.º 1603/93 y 1915/93 (Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona), 1500/93 (Banco Exterior de España), 1452/93 (Banco Hipotecario de España), 1418/93 y 415/94 (Banco Bilbao Vizcaya), donde, al variar el concepto de tipo de interés preferencial por imperativo legal, se dudaba sobre cuál utilizar como referencia. El Banco de España concluyó que la solución más ajustada a las buenas

⁸⁰ Todas las de este párrafo se encuentran referenciadas en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 1995, pp. 46-47 (Disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/195666>).

⁸¹ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2003, p. 46 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/03/2003msr.pdf>).

⁸² FARRANDO, I., “Criterios del Servicio de Reclamaciones...”, ob. cit., p. 63.

⁸³ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 1994, pp. 47-48 (Disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/19565>).

prácticas sería aquella que implique la renegociación entre los contratantes⁸⁴. Más ejemplos de esta cuestión se trataron en la Memoria de Reclamaciones del Servicio de 2000⁸⁵. Pero interesa más abordar la resolución n.º 796/01⁸⁶, en ella, el Banco Atlántico tomó una decisión unilateral respecto al cálculo del tipo de interés al desaparecer uno de los índices que se iban a utilizar y pese a que en la escritura se contemplaran los tipos sustitutorios para estas situaciones. Del mismo modo, en el expediente contra Ibercaja, n.º 294/03⁸⁷, se recriminó a la entidad la utilización de un sistema para la revisión del tipo de interés que suponía la alteración de las cuotas de amortización establecidas.

Si bien los problemas vistos también fueron puestos de manifiesto por parte del Tribunal Supremo con respecto a las “cláusulas suelo”, las cláusulas confusas o imprecisas analizadas hasta ahora por las resoluciones del Servicio no recibieron ese nombre. Sin embargo, a partir del 2010⁸⁸, las Memorias del DCMR incluyen un apartado relativo a esta litigiosa cuestión, aunque no siempre se hace referencia a expedientes concretos. En dicho año, 2010, la resolución n.º 201002817⁸⁹ puso de manifiesto la discrepancia de una mercantil sobre la existencia de una “cláusula suelo” en su contrato, de la que no había sido informada en ningún momento y que interpretaba como abusiva. En este expediente se recuerda que, como se ha mencionado con anterioridad⁹⁰, escapa a las funciones del Servicio la capacidad para atribuir y calificar una cláusula como abusiva. De manera que, para este caso, el DCMR simplemente

⁸⁴ Memoria de Reclamaciones SRBE de 1994, p. 48 (Disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/19565>).

⁸⁵ Destacan, en su p. 42, los expedientes n.º 829/00 (contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona), 1272/00 (contra BBVA), 1979/99 (contra Banco Santander Hispano).

⁸⁶ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2001, p. 42 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/01/2001msr.pdf>).

⁸⁷ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2003, p. 45 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/03/2003msr.pdf>).

⁸⁸ Aunque cabe añadir que, en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2004, concretamente en su p. 41, ya se hace referencia a casos en los que se incluyen cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés aplicable a estos contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Si bien esta opción puede ser admisible, se considera contraria a las buenas prácticas bancarias cuando no se contemple con claridad en el folleto informativo (n.º 3876/03, 4153/03 y 2924/03) o en la oferta vinculante (n.º 3505/03, 3952/03, 3608/03, 848/04 y 1787/03).

⁸⁹ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2010, p. 151 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/10/MSR2010.pdf>).

⁹⁰ Y a este respecto también se pronuncia la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2010 en su p. 151 y el expediente n.º 201425486 de la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2015, en su p. 82 (Disponibles, la del 2010 en el enlace de la nota a pie de página núm. 89 y la del año 2015 en el siguiente enlace: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/15/MR2015_Documento_Completo.pdf).

considera que, a su juicio, cuando la contratante es una sociedad mercantil, se presumirá que ha podido conocer previamente las condiciones financieras de la operación.

4.2. Información previa a la contratación

MARTÍNEZ ESPÍN⁹¹ y MARTÍNEZ ESCRIBANO⁹² ya subrayaron la importancia de la información precontractual a la hora de asegurar el cumplimiento del control de transparencia, haciéndose así recomendable el estudio de las resoluciones del DCMR a este respecto.

En este sentido, el primer paso puede consistir en analizar aquellos expedientes en los que la entidad debía acreditar la entrega de la información relativa a la oferta vinculante o el folleto informativo⁹³. A ellos se refería la *Orden Ministerial, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, derogada por la ya mencionada Orden EHA/2899/2011, que ahora regula esta obligatoriedad de información previa en los artículos 21 a 23. Serían ejemplos las causas n.º 2148/98, 648/99 (contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona), 1377/98, 149/99, 273/99, 78/99, (contra Argentaria, Caja postal y Banco Hipoteca)⁹⁴, en las cuales, el Servicio entiende que no se había cumplido con el deber de información en la forma que dictan las buenas prácticas bancarias. Motivo de ello fue la omisión de cierta información sobre ciertos aspectos relacionados con sus préstamos, la incorrección de la misma o bien, directamente, la falta de entrega.

Sin embargo, no es suficiente con que la información se entregue sino que, además, ésta debe coincidir con lo que finalmente se acuerde en el contrato. Son múltiples los casos en los que el préstamo no se acaba ajustando a lo que se había pactado con anterioridad, destacando, entre otros, los expedientes n.º 1391/92, 1394/92 y conexos⁹⁵. Otro ejemplo se contempla en el n.º 908/94⁹⁶, contra Unión de Créditos Inmobiliarios, quien pretendía el pago de ciertos recargos por parte del prestatario a la

⁹¹ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “¿Qué paso con las cláusulas suelo? Análisis...”, ob. cit., p. 92.

⁹² MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Control de transparencia...”, ob. cit., p. 368.

⁹³ FARRANDO, I., “Criterios del Servicio de Reclamaciones...”, ob. cit., p. 49.

⁹⁴ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 1999, p. 41 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/99/1999msr.pdf>).

⁹⁵ Junto a estos, se analizan en la Memoria de Reclamaciones de 1993, en su p. 38, los casos n.º 1396/92, 1397/92, 1398/92, 1399/92, 1400/92, 1401/92, 1402/92, 1403/92, 1404/92, 1405/92, 1406/92 y 1407/92 contra la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián (Disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/19564>).

⁹⁶ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 1994, p. 49 (Disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/19565>).

hora de realizar amortizaciones anticipadas del préstamo, sin que esto se hubiera incluido en la oferta realizada. Del mismo modo, el SRBE concluyó, a raíz de la resolución n.º 1336/94, que “la transparencia que debe presidir la relación de las entidades de crédito con su clientela es exigible no solo a partir del momento en que se perfecciona la relación contractual”⁹⁷ sino también en los contactos preliminares que pretenden la firma del contrato. Cosa que no ocurrió en el n.º 20070882⁹⁸, donde Banesto incluyó en la escritura del préstamo hipotecario unas condiciones financieras distintas a las recogidas en la oferta vinculante que se aceptó por el reclamante.

Continuando con el orden temporal que se está manteniendo, conviene incidir en la promulgación de la Orden EHA/2899/2011 y las consecuentes resoluciones del Servicio. Esta norma introduce dos cuestiones relevantes en este aspecto: la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y la Ficha de Información Personalizada (FIPER). Por un lado, la FIPRE cubriría el objetivo desempeñado por el folleto informativo, incluyendo información suficiente y clara sobre los préstamos que se ofrecen y debiendo facilitarse con carácter gratuito y orientativo a los clientes que pretendan contratar con la entidad⁹⁹. Por otro, la FIPER constituiría el modelo en que se debe aportar la oferta vinculante en el caso de las entidades de crédito, tal y como dispone el artículo 23 de esta Orden¹⁰⁰. Diferenciados estos dos documentos, los expedientes n.º 201330207 y 201308251¹⁰¹ hicieron que el DCMR subrayará la obligación de las entidades de acreditar haber informado a sus clientes con la necesaria antelación sobre todas las condiciones financieras, hayan sido modificadas (como ocurría en estos casos) o no. Igualmente, las reclamaciones n.º 201423774 y 201422920¹⁰² corroboraron que se confirma como una actuación en contra de las buenas prácticas bancarias el no entregar estos documentos o que en ellos no figuren todos los datos que explicita la norma (como

⁹⁷ Memoria de Reclamaciones SRBE de 1994, p. 39 (Disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/19565>).

⁹⁸ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2008, p. 97 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/2008msr.pdf>).

⁹⁹ ORDÁS ALONSO, M., “La difícil interpretación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, p. 51.

¹⁰⁰ ORDÁS ALONSO, M., “La difícil interpretación...”, *ibid.*, p. 52.

¹⁰¹ Referenciadas en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2013, p. 393 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/13/0.DOCUMENTOCOMPLETO.PDF>).

¹⁰² Referenciadas en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2014, p. 68 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/14/Documento_completo.pdf).

la pignoración denunciada en el segundo expediente). Es este último caso el de las resoluciones 201511804 y 201513696¹⁰³, en las que el Servicio también estimó un quebrantamiento de las buenas prácticas al no incluir en el FIPER la información relacionada con la compensación por riesgo del tipo de interés y no detallar suficientemente¹⁰⁴ los gastos de gestión que correrían a cargo del cliente.

En 2018 también surgieron reclamaciones en este sentido, destacando la n.º 201812137¹⁰⁵, en la cual, el prestatario reclamaba la falta de comunicación en la FIPER de la responsabilidad hipotecaria asociada al préstamo, pese a que ésta se pudiera calcular. Por su parte, en 2019: el n.º 201909252¹⁰⁶ acabó con la consideración del DCMR de que la entidad podría haber quebrantado los principios de transparencia al no haber incluido en el contrato de préstamo, ni en la FIPER, el acuerdo de bonificación del tipo de interés; el n.º 20191105¹⁰⁷ llevó al Servicio a la misma conclusión, esta vez por no poder acreditarse la oportuna entrega de la FIPRE con los mínimos contenidos exigibles; finalmente, en el n.º 201913084¹⁰⁸, se apreció la vulneración de la normativa de transparencia al obviar lo pactado en la FIPRE respecto a los gastos de comprobación registral, pasando a correr a cuenta del reclamante. Por último, en 2020, el expediente n.º 202005583¹⁰⁹ estudiaba un caso más complejo en el que en la FIPER se recogía que el interés a liquidar sería fijo hasta el último día de determinado mes dentro de cinco años si la operación se formalizaba el mismo día de la entrega, cosa que resultó imposible, alegando el reclamante la entrega de una información inválida. Se añade a este caso que, si bien dicha FIPER contemplaba las condiciones financieras a aplicar, no incluía el índice de referencia sustitutivo como obliga la Orden EHA/2899/2011, apreciándose una práctica contraria a los buenos usos bancarios.

¹⁰³ Referenciadas en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2015, p. 62 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/15/MR2015_Documento_Completo.pdf).

¹⁰⁴ En este sentido, BROTONS MARTÍNEZ, J.M., *Préstamos hipotecarios. Normativa, trámites y supuestos de amortización*, Universitat Miguel Hernández de Elche, Elche, 2021, p. 40, señala que se deberán indicar en la FIPER las condiciones exigidas para el coste total del préstamo o para cualquier cancelación total o parcial.

¹⁰⁵ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2018, p. 95 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

¹⁰⁶ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2019, p. 120 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/19/Documentocompleto.pdf>).

¹⁰⁷ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2019, p. 121 (Disponible en: *ibid.*).

¹⁰⁸ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2019, p. 122 (Disponible en *ibid.*).

¹⁰⁹ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2020, p. 136 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/20/MSR2020.pdf>).

Así, son reiteradas las Memorias¹¹⁰ en las que se señala que, para cumplir con las buenas prácticas bancarias en lo relativo a la información previa a la contratación, se debe acreditar el correcto cumplimiento de estas obligaciones, ofreciendo información que debe ser clara, evitando modificar las condiciones que incluya la oferta vinculante durante la vigencia del documento y no creando falsas expectativas.

4.3. Gastos de formalización o constitución del préstamo hipotecario

Manteniendo la correlación que este capítulo está guardando con el punto 1.4, es momento de analizar las reclamaciones resueltas por el Servicio en cuanto a los gastos de formalización o constitución en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Y, a este respecto, el DCMR ha ido poniendo de manifiesto lo que posteriormente se confirmaría, por primera vez, en la ya mencionada Sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, donde se condena el desproporcionado reparto de estos gastos entre prestatario y prestamista¹¹¹.

Primeramente, y en relación con el otorgamiento de la información contractual oportuna, ya en 2004 el Servicio consideraba que entraba dentro de las obligaciones de las entidades crediticias la capacidad de prever, de manera ajustada, los gastos que tendría que asumir el cliente, anticipándoselos en un plazo razonable. Sin embargo, la infracción de esta obligación se pudo contemplar los expedientes n.º 3720/03, 4534/03, 393/04 y 3033/04¹¹² donde se había proporcionado información defectuosa en cuanto a los gastos a los que daría lugar la formalización del préstamo hipotecario. Además, en las reclamaciones n.º 200705340 y n.º 20072880¹¹³, tanto Caja de Ahorros del Mediterráneo como Caja Madrid se apartaron de las buenas prácticas bancarias al no acreditar la voluntad del cliente para cargar a su cuenta una provisión por cancelación de hipoteca y al no haber facilitado la información suficiente para que el prestatario fuera consciente de que los gastos de gestión irían a su costa. Semejante problemática se

¹¹⁰ Entre otras, vid. la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2019, p. 136 y la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2020, p. 119.

¹¹¹ A este respecto, vid. CABALLERO TRENADO, L. “Abusividad en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores: nuevo criterio europeo en el reparto de los gastos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 278, 2020.

¹¹² Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2004, p. 45 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/04/2004msr.pdf>).

¹¹³ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2008, p. 100 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/2008msr.pdf>).

presentó en el n.º 201513696¹¹⁴, apreciándose de nuevo una actitud contraria a la buena praxis financiera al no poderse acreditar que se hubiera informado al cliente, con detalle, del montante al que ascenderían los gastos de gestión. Por último, en lo que respecta a esta cuestión, la resolución n.º 202006328¹¹⁵ se centra en la novación de un préstamo hipotecario, por la cual la entidad había asegurado que no se incurriría en ningún tipo de gasto ni comisión. Cosa que cambió al año del inicio de los trámites, cuando se le solicitó una provisión de fondos y la asunción de dichos costes, lo que se interpretó como una mala práctica relativa a la información previa a la contratación.

Otra cuestión distinta se abordó a partir de las resoluciones incluidas en la Memoria del SRBE de 2008. Es la relativa a la falta de diligencia por parte de la entidad en cuanto a la elección y supervisión de la gestión¹¹⁶ encargada de la formalización del préstamo. Ejemplos de casos como estos son los n.º 200800772 (contra Bankinter) y 200800942 (contra Barclays Bank)¹¹⁷, donde se apreció la necesidad de que la entidad hubiera vigilado con mayor detalle la actuación de la gestión. Lo mismo se concluyó en el caso n.º 201510777¹¹⁸, alejándose el prestamista de las buenas prácticas bancarias.

En 2016, por otro lado, dos resoluciones centraron la posición del Servicio en cuanto a los gastos por la cancelación registral de la hipoteca. Mientras en el expediente n.º 201605552¹¹⁹ se reclamaba una demora de más de seis años en dicha cancelación, en el n.º 201604126¹²⁰ se cuestionaba a qué entidad crediticia le correspondía esta cuestión. En el primer caso, el DCMR estimó de nuevo una falta de diligencia por parte de la

¹¹⁴ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2015, p. 62 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/15/MR2015_Documento_Completo.pdf).

¹¹⁵ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2020, p. 149 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/20/MSR2020.pdf>).

¹¹⁶ Respecto a este tema, vid. GÁMEZ GUMERSINDO, C., “Préstamos hipotecarios. Abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca, imputados de forma genérica al consumidor”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 10, 2017, p. 121, donde se indica que, de forma análoga a lo que ocurre con los gastos de Notaría y Registro, al consumidor o prestatario le es indiferente la elevación o no a público del contrato así como la correspondiente gestión.

¹¹⁷ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2008, p. 92 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/2008msr.pdf>).

¹¹⁸ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2015, p. 66 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/15/MR2015_Documento_Completo.pdf).

¹¹⁹ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2016, p. 70 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/16/Ficheros/MSR2016_Documento_completo.pdf).

¹²⁰ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2016, p. 71 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/16/Ficheros/MSR2016_Documento_completo.pdf).

entidad al no haber presentado ante el juzgado más documentos que permitieran confirmar su voluntad en defender los intereses del reclamante. En el segundo, la problemática radicaba en que, sobre el bien adquirido por el reclamante, aun figuraba inscrita la hipoteca concedida a la promotora, sin perjuicio de que éste hubiese acordado la financiación del inmueble con otra entidad. De esta manera, cuando el reclamante se dirigió a las entidades para proceder a la cancelación, una culpaba a la otra. Entendió el Servicio que, al haberse abonado la primera hipoteca con la compra del inmueble por el reclamante, si el precio pagado incluía los gastos de cancelación, dicha hipoteca debía haberse cancelado o bien, si no los incluía, debía haber informado al interesado.

El expediente n.º 201726971¹²¹ combina las dos cuestiones abordadas en los párrafos anteriores. En este caso, el DCMR concluye que se ha incurrido en una mala praxis bancaria al no supervisar la entidad la actuación de la gestoría, lo que supuso una demora de casi 17 meses en la inscripción registral de la cancelación.

Finalmente, la problemática en relación a la atribución de los gastos de formalización de los contratos de préstamo hipotecario¹²² se resume en algunos de los expedientes resueltos en el 2020. Así, por ejemplo, el n.º 202000581¹²³ abordaba un contrato en el que se incluía una cláusula de atribución de todos los gastos a la prestataria, sobre la cual, el SRBE se acabó posicionando en contra al considerar que podría ser constitutiva de una vulneración de la normativa de transparencia y protección, pues no se estaba incluyendo el reparto de gastos al que se alude en el art. 14 de la Ley 5/2019 (pago de los gastos notariales y registrales por el prestamista).

¹²¹ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2017, p. 82 (Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/17/MSR2017_Documento_completo.pdf).

¹²² Para aclarar el reparto de estos costes tras la contradictoria jurisprudencia que se puso de manifiesto en el apartado 1.4 de este trabajo y con objetivo también de entender la postura del Servicio, vid. MARTÍN NARROS, H. D., “Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (Notaría y Registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales”, *RCDI*, núm. 773, 2019. De esta publicación se puede extraer que “los gastos de notaría de formalización del préstamo hipotecario y de gestoría en principio deben ser sufragados por mitades entre el prestatario consumidor y el prestamista”, los gastos relativos a la inscripción registral de la garantía hipotecaria los pagará por completo el prestamista y los gastos notariales y registrales de cancelación deben ser abonados por el prestatario consumidor.

¹²³ Referenciada en la Memoria de Reclamaciones SRBE de 2020, p. 148 (Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/20/MSR2020.pdf>).

CAPÍTULO 5. EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA CREACIÓN DE LA AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO.

El pasado 5 de abril de 2022, el Consejo de Ministros ha aprobado el anteproyecto de ley para la creación de la de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero. Esta figura pretende actuar como una ventanilla única para las reclamaciones que ahora son atendidas por el Banco de España, la CNMV y la DGSFP, extendiéndose su capacidad de influencia, por tanto, al sector bancario, asegurador y del mercado de valores. Pero, además, su área de actuación incluirá también competencias que ni si quiera están cubiertas por los actuales supervisores financieros como son los emisores de servicios *fintech* y de criptoactivos. No se dará, sin embargo, una duplicidad de instituciones ya que, con esta figura se pretende suprimir el resto¹²⁴.

Con un objetivo claro de reducir la lista de casos pendientes en los Tribunales¹²⁵, y ahorrando en gasto público¹²⁶, sus resoluciones gozarán de obligatoriedad en algunos casos. Es decir, si bien hasta ahora las resoluciones del SRBE no eran obligatorias para las partes, las resoluciones de esta nueva figura serán vinculantes para aquellas reclamaciones con importes menores de 20.000 euros. Sin embargo, esto no obsta para que las reclamaciones que sobrepasen dicha cantidad no sean resueltas por la nueva Autoridad, sino que simplemente cesará dicho carácter vinculante. Ahora bien, dichas reclamaciones tendrán que versar sobre posibles incumplimientos de normas de conducta, cláusulas declaradas abusivas por la jurisprudencia o malas prácticas.

En cuanto a la legitimación, serán competentes para la presentación de reclamaciones tanto las personas físicas como las jurídicas, no necesitándose ni abogado ni procurador para el proceso¹²⁷. Y, en cuanto al plazo, la resolución no puede demorarse más de 90 días.

Por otro lado, respecto a las medidas para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, el proyecto contempla la posibilidad de imponer multas disuasorias a aquellas entidades que incumplan las resoluciones de esta nueva institución¹²⁸. Hay que

¹²⁴ MARTÍN SIMÓN, P. y SOBRINO, R., “Así funcionará la nueva autoridad del cliente financiero en España”, *Cinco Días*, disponible en <https://cutt.ly/2Kcx6Si> [Consulta: 20 de abril de 2022].

¹²⁵ SAINZ, V., “Defender al cliente de la banca”, *El País*, disponible en <https://cutt.ly/wKAGSUa> [Consulta: 20 de abril de 2022].

¹²⁶ ALLENDESALAZAR, P., “Calviño lanzará la Autoridad de Protección del Cliente Financiero a partir de marzo”, *El Periódico*, disponible en <https://cutt.ly/CKccdEH> [Consulta: 20 de abril de 2022].

¹²⁷ MARTÍN SIMÓN, P. y SOBRINO, R. “Así funcionará...”, ob. cit.

¹²⁸ SAINZ, V., “Defender al cliente de la banca”, ob. cit.

señalar también que esta nueva figura se financiará con la aportación de 250 euros por parte de las entidades por cada reclamación admitida a trámite, configurándose como un servicio gratuito para los clientes.

Por último, podemos indicar que tanto el Banco de España como la CNMV han puesto de manifiesto, públicamente, sus reticencias a la creación de esta Autoridad¹²⁹, apostando, como opción mixta, por el modelo denominado como “*twin peaks*”. Según el mismo, el Banco de España se encargaría de la supervisión de la solvencia y la CNMV supervisaría la conducta, incluyendo la gestión de todas las reclamaciones.

¹²⁹ ALLENDESALAZAR, P., “Calviño lanzará la Autoridad de Protección del Cliente Financiero a partir de marzo”, ob. cit.

CONCLUSIONES

Atendiendo a los contenidos abordados a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado se pueden extraer una serie de conclusiones.

PRIMERA.- El contrato de préstamo bancario con garantía hipotecaria es necesariamente un subtipo del contrato de mutuo donde el prestamista es una entidad de crédito, afirmándose su carácter mercantil con independencia de la naturaleza empresarial o no de la contraparte. Existirá, además, una acción personal contra el patrimonio del deudor (al ser el acreedor hipotecario titular de un derecho de crédito) y una acción hipotecaria sobre los bienes objeto de esta garantía (por ser también titular del derecho real). A su vez, la existencia de estas garantías favorece la concesión de préstamos de capital por parte de las entidades.

SEGUNDA.- Las cláusulas incluidas en esta modalidad contractual han dado lugar a una gran litigiosidad, la cual manifiesta la necesidad de una protección efectiva al cliente bancario mediante la inclusión de otros controles a parte de los previstos en la norma, como el control de transparencia, a fin de que el cliente pueda conocer de antemano la verdadera carga económica que representan dichas cláusulas. Igualmente, se ha podido comprobar que la vasta protección normativa ha pretendido dotar al cliente bancario no sólo de una protección contractual (a partir de dichos controles) sino también de una protección institucional, que se concreta en soluciones distintas a la vía judicial y que, en la práctica, han dado lugar a la creación de los Servicios de Atención al Cliente y del Defensor del Cliente. A través de estas figuras se busca cierta autonomía respecto a la propia entidad crediticia con el objetivo de solucionar los posibles conflictos que puedan surgir a raíz de incumplimientos contractuales, condiciones aparentemente abusivas o reclamaciones por malas prácticas.

TERCERA.- Dentro de esta protección institucional también destaca la importancia del SRBE, gracias principalmente a la labor de supervisión que realiza sobre estas entidades de crédito y a la posibilidad de presentar, también ante éste, las reclamaciones o quejas de los prestatarios consumidores. Se puede concluir así que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España se configura como una especie de segunda instancia, al tener que acreditarse el recurso previo ante el SAC o Defensor del Cliente de la entidad bancaria para que éste pueda resolver los expedientes que se le presenten.

CUARTA.- En cuanto a sus resoluciones, accesibles a través de las Memorias publicadas de forma anual, si bien la norma aplicable las priva de carácter vinculante, se puede concluir que su efectividad no depende de esta cuestión, mejorando claramente las expectativas del reclamante cuando decide acudir al Servicio. Cabe decir, en este mismo sentido, que las resoluciones del Servicio no pretenden declarar la abusividad de las cláusulas objeto de reclamación o queja, sino simplemente su adecuación o no a las buenas prácticas bancarias.

QUINTA.- En cuanto a los concretos epígrafes de las Memorias que han sido estudiados. En primer lugar, el Servicio se muestra contrario a la inclusión de información oscura, confusa o innecesariamente compleja dentro de los clausulados contractuales, por considerarlo perjudicial para la claridad y transparencia que el cliente requiere en esta modalidad contractual. Así, serían contrarias a estas buenas prácticas las cláusulas de las que no se pueda deducir claramente el tipo de interés aplicable, las cláusulas contradictorias o aquellas que incluyen constantes remisiones de una estipulación a otra. Del mismo modo, también se entiende como una mala práctica financiera la interpretación unilateral de dichas cláusulas por parte del prestamista.

En segundo lugar, respecto a la información previa la contratación, el Servicio no entiende únicamente como malas prácticas bancarias la omisión de información, la incorrección de la misma o su falta de entrega, sino que también considera que se actuará en perjuicio de las buenas prácticas cuando las condiciones que finalmente se incluyan en el contrato no coincidan con las que se reflejaban en tal información. A este respecto, la no inclusión en la FIPRE y la FIPER de toda información exigida por la norma que las introduce, también será una mala práctica.

En tercer lugar, en relación con los gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario, el SRBE considera contrarias a las buenas prácticas aquellas cláusulas que supongan una atribución integral de estos costes a los prestatarios, principalmente, por la abusividad que los Tribunales han apreciado en este sentido.

SEXTA.- Finalmente, la aprobación por el Consejo de Ministros del anteproyecto de Ley para la creación de la Autoridad para la Defensa del Cliente Financiero prueba el continuo propósito del legislador de proteger al cliente bancario, quien se va a ver sumamente favorecido por esta figura, al dotarse de eficacia a las resoluciones que no superen los veinte mil euros.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (coord. DE PABLO, Pedro), *Curso de Derecho Civil III Derechos Reales*, Edisofer, Madrid, 2020.
- AA.VV. (coords. GADEA SOLER, Enrique y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007.
- AA.VV. (dir. GALÁN CORONA, Eduardo), *Reforma del Derecho Privado y protección del consumidor*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994.
- AA.VV. (coord. NIETO CAROL, Ubaldo), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, 1ª ed., vol. II, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.
- AA.VV. (dir. SÁNCHEZ BARRIOS, María Inmaculada), *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- AA.VV. (coord. ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando), *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2012.
- AGUILAR ALONSO, Isabel, “La Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 34, 2013, pp. 101-109.
- ALLENDESALAZAR, Pablo, “Calviño lanzará la Autoridad de Protección del Cliente Financiero a partir de marzo”, *El Periódico*, disponible en <https://cutt.ly/CKccdEH> [Consulta: 20 de abril de 2022]
- ARNAU MOYA, Federico, *Lecciones de Derecho civil III. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2020.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, “Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria”, *RDM*, núm. 242, octubre-diciembre, 2001, pp. 1777-1869.
- BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, Reglamento para la defensa del cliente en España del Grupo BBVA, 2022, disponible en: <https://www.bbva.es/content/dam/public-web/bbvaes/documents/legal/reglamento-defensa-cliente.pdf>
- BANCO DE ESPAÑA, “Funciones”, *Sobre el Banco*, disponible en <https://cutt.ly/uKS9Shn>
- BANCO SANTANDER, Reglamento del Defensor del Cliente, 2022, disponible en: https://www.bancosantander.es/wcm/connect/www.bancosantander.es/24647/cb76cdea-0e3c-4139-96de-4ba9be117651/Reglamento_del_Defensor_del_Cliente.pdf?MOD=AJPERES&CVI=D=nBwz8rH
- BARRAL VARELA, Guillermo, “El Servicio de Atención al Cliente en las entidades de crédito”, *Revista CESCO de Consumo*, núm. 5, 2003, pp. 197-209.
- BUITRAGO RUBIRA, José Ramón, “Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios”, *AIS*, 2021, pp. 346-349.

- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, vol. II, 23ª ed., 2016.
- BROTONS MARTÍNEZ, José Manuel, *Préstamos hipotecarios. Normativa, trámites y supuestos de amortización*, Universitas Miguel Hernández de Elche, Elche, 2021.
- CABALLERO TRENADO, Laura “Abusividad en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores: nuevo criterio europeo en el reparto de los gastos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 278, 2020, pp. 769-796.
- DEL CAÑO PALOP, José Ramón, “El Banco de España. Organización y funciones en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria”, en AA.VV. (coord. ZUNZUNEGUI PASTOR, F.), *Lecciones de Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2012, pp. 45-93.
- DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, Tecnos, 7ª ed. (4ª reimpr.), vol. III, Madrid, 2004.
- ESTÉVEZ TORRES, Juan José, *El contrato de préstamo bancario celebrado con consumidores y usuarios* (Tesis Doctoral, dirs. PAGADOR LÓPEZ, Javier y PINO ABAD, Manuel), Universidad de Córdoba, 2015.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio, “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios sobre consumo*, núm. 56, 2001, pp. 99-164.
- GADEA SOLER, Enrique, “El contrato de préstamo bancario. El préstamo bancario de dinero”, en AA.VV. (coord. GADEA SOLER, Enrique y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier, *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 702-739.
- GALÁN CORONA, Eduardo, “La protección del consumidor como usuario de servicios bancarios”, en AA.VV. (dir. GALÁN CORONA, Eduardo), *Reforma del Derecho Privado y protección del consumidor*, Valladolid, 1994, pp. 25-49.
- GÁMEZ GUMERSINDO, Cristina, “Préstamos hipotecarios. Abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca, imputados de forma genérica al consumidor”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 10, 2017, pp. 116-126.
- GARCÍA MONTORO, Luis, “Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 300-305.
- GARCÍA PRADO, Enrique, *Atención al cliente y tramitación de consultas de servicios financieros*, Ediciones Paraninfo, Madrid, 2014, pp. 1-7
- GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel, “Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas”, *El Derecho. RDM*, núm. 43. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/5015-efectos-de-la-nulidad-de-las-clausulas-abusivas> [Consulta: 11 de abril de 2022]
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en AA.VV. (coord. NIETO CAROL, U.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, 1ª ed., vol. II, tomo II, Madrid, 1996, pp. 19-112.

- LEGUINA VILLA, Jesús, “Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 307-326.
- LOZANO GUTIÉRREZ, María del Carmen, *Manual de prácticas bancarias*, CRAI Biblioteca, Cartagena, 2018.
- LOZANO GUTIÉRREZ, María del Carmen y FUENTES MARTÍN, Federico, “Una metodología de recomendación al cliente bancario a partir del historial de reclamaciones bancarios”, *Atlantic Review of Economics*, vol. 1, 2017, pp. 1-22.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº9, 2014, pp. 9-16.
- MARTÍN NARROS, Héctor Daniel, “Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (Notaría y Registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales”, *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1651-1688.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio, “Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social”, *AIS*, vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 174-178.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio, “Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en AA.VV. (dir. SÁNCHEZ BARRIOS, María Inmaculada), *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 311-343.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Honorabilidad y Buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, Madrid, 1993, pp. 23-96.
- MARTÍN SIMÓN, Pablo y SOBRINO, Ricardo, “Así funcionará la nueva autoridad del cliente financiero en España”, *Cinco Días*, disponible en <https://cutt.ly/2Kcx6Si> [Consulta: 20 de abril de 2022]
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “El Derecho real de hipoteca. Conceptos generales”, en AA.VV. (coord. DE PABLO, Pedro), *Curso de Derecho Civil III Derechos Reales*, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 574-587.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “Control de transparencia cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, *RDC*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo), 2019, pp. 361-397.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “¿Qué pasó con las cláusulas suelo? Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 90-100.
- MATO PACÍN, María Natalia, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Colección Derecho Privado BOE, Madrid, 2017.
- MATO PACÍN, María Natalia, “El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo”, *Revistas UC3M Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 216-282.

- MÉNDEZ LAMELA, Carlos, *La protección del consumidor ante la publicidad de productos y servicios bancarios y de inversión. Análisis de la Circular 4/2020 del Banco de España y la Circular 2/2020 de la Comisión Nacional del Mercado de valores* (Trabajo de Fin de Grado tutelado por SÁNCHEZ BARRIOS, José Luis), Universidad de Salamanca, 2021.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, “Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social”, *AIS*, vol. 3, 2015, pp. 236-239.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil Tomo III. Derechos reales e hipotecario*, Editorial Universitaria, 3ª ed. (rev. y puesta al día por FERNÁNDEZ, María Begoña), Madrid, 2021.
- ORDÁS ALONSO, Marta, “La contratación con consumidores en la Ley 2/2009, de 31 de marzo”, *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 2, 2009, pp. 2137-2215.
- ORDÁS ALONSO, Marta, “La difícil interpretación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, pp. 44-55.
- PRADO PRADO, Gabriela, *La autoridad monetaria en el sistema institucional de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2006.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel “Los contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 2, núm. 1, 1949, pp. 54-70.
- SAINZ, Víctor, “Defender al cliente de la banca”, *El País*, disponible en <https://cutt.ly/wKAGSUa> [Consulta: 20 de abril de 2022].
- SÁNCHEZ BARRIOS, José Luis, “Derecho bancario. Aspectos Institucionales”, *Universidad de Salamanca*, 2020.
- SÁNCHEZ BARRIOS, José Luis, “Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *AIS*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 205-209.
- SÁNCHEZ BARRIOS, José Luis, *Los fondos de garantías de inversiones y la protección del pequeño inversor*, Salamanca, 2002.
- SÁNCHEZ BARRIOS, José Luis, “Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *AIS*, 2015, pp. 231-235.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La hipoteca inmobiliaria (II). La anticresis”, en AA.VV. (coords. SERRA RODRÍGUEZ, Adela y DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón), *Derecho civil III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 315-327.
- URÍA, Rodrigo, “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, *RDM*, núm. 62, 1956, pp. 221-241.
- VAQUERO PINTO, María José, “Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas”, *Universidad de Salamanca*, 2020.

ANEXOS

Anexo 1. NORMATIVA CITADA

Código de Comercio.

Código Civil.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria.

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España.

Constitución Española.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Orden, de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito.

Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Orden Ministerial, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, y por la Ley 12/1998, de 28 de abril.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Circular 1/2000, de 28 de enero, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990.

Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reformas del Sistema Financiero.

Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

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.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

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

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

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Real Decreto-ley 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios.

Anexo 2. RESOLUCIONES DEL SRBE CITADAS

Resoluciones del año 1992: n.º 1391/92, n.º 1394/92.

Resoluciones del año 1993: n.º 846/93, n.º 1418/93, n.º 1452/93, n.º 1667/93, n.º 1603/93, n.º 1915/93.

Resoluciones del año 1994: n.º 415/94, n.º 908/94, n.º 1336/94, n.º 2547/94.

Resoluciones del año 1995: n.º 177/95, n.º 325/95, n.º 1117/95, n.º 1700/95.

Resoluciones del año 1998: n.º 1377/98, n.º 2148/98, n.º 78/99.

Resoluciones del año 1999: n.º 149/99, n.º 273/99, n.º 648/99, n.º 1605/99, n.º 1979/99.

Resoluciones del año 2000: n.º 35/00, n.º 829/00, n.º 861/00, n.º 1231/00, 1272/00 n.º 1336/00.

Resoluciones del año 2001: n.º 213/01, n.º 268/01, n.º 796/01, n.º 801/01, n.º 1915/01.

Resoluciones del año 2002: n.º 1396/92, n.º 1397/92, n.º 1398/92, n.º 1399/92, n.º 1400/92, n.º 1401/92, n.º 1402/92, n.º 1403/92, n.º 1404/92, n.º 1405/92, n.º

1406/92, n.º 1407/92 n.º 1759/02, n.º 1782/02, n.º 2139/02, n.º 2533/02, n.º 2618/02.

Resoluciones del año 2003: n.º 294/03, n.º 1787/03, n.º 2924/03 n.º 2967/03, n.º 3505/03, n.º 3608/03, n.º 3720/03, n.º 3876/03, n.º 3952/03, n.º 4153/03 n.º 4534/03.

Resoluciones del año 2004: n.º 393/04, n.º 848/04, n.º 3033/04.

Resoluciones del año 2007: n.º 200705340, n.º 20072880.

Resoluciones del año 2008: n.º 20080073, n.º 200800772, n.º. 200800942.

Resoluciones del año 2010: n.º 201002817.

Resoluciones del año 2013: n.º 201330207, n.º 201308251.

Resoluciones del año 2014: n.º 201422920, n.º 201423774.

Resoluciones del año 2015: n.º 201510777, n.º 201511804, n.º 201513696.

Resoluciones del año 2016: n.º 201604126, n.º 201605552.

Resoluciones del año 2017: n.º 201726971.

Resoluciones del año 2018: n.º 201812137.

Resoluciones del año 2019: n.º 201909252, n.º 20191105, n.º. 201913084.

Resoluciones del año 2020: n.º 202000581, n.º 202005583, n.º 202006328.

Anexo 3. SENTENCIAS CITADAS

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea:

21 de marzo de 2013, as. C-92/11, *caso RWE Vertrieb*.

30 de abril de 2014, as. C-26/13, *caso Kásler y Káslerne Rábai*.

26 de febrero de 2015, as. C-143/13, *caso Matei*.

23 de abril de 2015, as. C-96/14, *caso Van Hove*.

21 de diciembre, as. C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *caso Gutiérrez Naranjo*.

16 de julio de 2020, as. C-224/19 y C-259/19, *caso Caixabank y BBVA*.

20 de septiembre de 2017, as. C-186/16, *caso Andriciu y otros*.

Sentencias del Tribunal Supremo:

9 de mayo de 1944, n.º 665/1944.

20 de noviembre de 1985, n.º 5618/1985.

9 de mayo de 2013, n.º 241/2013.

8 de septiembre de 2014, n.º 464/2014.

24 de marzo de 2015, n.º 138/2015.

29 de abril de 2015, n.º 222/2015.

23 de diciembre de 2015, n.º 705/2015.

3 de junio de 2016, n.º 367/2016.
20 de enero de 2017, n.º 41/2017.
30 de enero de 2017, n.º 57/2017.
9 de marzo de 2017, n.º 171/2017.
8 de junio de 2017, n.º 367/2017.
7 de noviembre de 2017, n.º 593/2017.
24 de enero de 2018, n.º 38/2018.
23 de enero de 2019, n.º 44, 46, 47, 48 y 49/2019.
24 de julio de 2020, n.º 457/2020.
26 de octubre de 2020, n.º 555/2020.