



Universidad
de Alcalá

**PRÉSTAMOS BANCARIOS Y
PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES
BANK LOANS AND CONSUMER
PROTECTION**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D^a ULYANA KHOROSH

Dirigido por:

Dra. D^a ADORACIÓN PÉREZ TROYA

Alcalá de Henares, a 8 de Febrero de 2019

UAH

**PRÉSTAMOS BANCARIOS Y
PROTECCIÓN DE LOS
CONSUMIDORES**

**BANK LOANS AND
CONSUMER PROTECTION**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^a ULYANA KHOROSH

Dirigido por:

Dra. D^a ADORACIÓN PÉREZ TROYA

Alcalá de Henares, a 8 de Febrero de 2019

RESUMEN

A través del presente trabajo queremos efectuar un estudio de los préstamos bancarios y la protección que los consumidores tienen en este ámbito. Para ello debemos comenzar en estudiar qué es el dinero, en que consiste la economía financiera, los contratos financieros, qué son los mercados financieros y su regulación, qué es la actividad crediticia y los contratos bancarios (activos y pasivos). Además, analizaremos en profundidad los préstamos mercantiles y los préstamos bancarios y sus modalidades. También señalaremos los principales problemas de los préstamos bancarios. Y finalizaremos con el estudio de la protección de los consumidores en el ámbito de los préstamos bancarios.

PALABRAS CLAVE

Dinero, economía financiera. Contratos financieros. Mercados financieros. Contrato bancario activo y pasivo. Préstamos mercantiles. Préstamos bancarios. Préstamo sindicado. Préstamo participativo. Préstamo hipotecario. Cláusulas suelo. Cláusulas abusivas. Protección de los consumidores. Ombudsman. Servicio de Atención al Cliente. Defensor del Cliente. DCMR.

ABSTRACT

Through this work we want to carry out a study of bank loans and the protection that consumers have in this area. To do this we must begin to study what is money, which is the financial economy, financial contracts, what are the financial markets and their regulation, what is the credit activity and banking contracts (assets and liabilities). In addition, we will analyze in depth commercial loans and bank loans and their modalities. We will also indicate the main problems of bank loans. And we will finish with the study of consumer protection in the field of bank loans.

KEY WORDS

Préstamos bancarios y protección de los consumidores

Money, financial economy. Financial contracts Financial markets. Active and passive banking contract. Commercial loans. Bank loans. Syndicated loan. Participatory loan. Mortgage loan. Floor clauses. Unfair terms. Protection of consumers. Ombudsman. Customer Service. Defender of the client. DCMR.

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVE.....	1
ABSTRACT.....	1
KEY WORDS.....	1
ÍNDICE.....	3
ABREVIATURAS.....	4
Introducción.....	6
1. Préstamos bancarios.....	9
Capítulo I. El sector financiero y los contratos bancarios.....	10
Capítulo II. Préstamos bancarios.....	21
A. Préstamo mercantil.....	21
B. Préstamo bancario.....	25
C. Modalidades de préstamo bancario.....	27
2. Protección de los consumidores bancarios.....	33
Capítulo I. Protección sustantiva.....	34
Capítulo II. Procedimientos y mecanismos de tutela.....	37
Conclusión.....	52
Bibliografía.....	59
Anexo de jurisprudencia.....	61

ABREVIATURAS

A.C.	Antes de Cristo
ADR	Alternative Dispute Resolution Mechanisms
AJD	Impuesto de Actos Jurídicos Documentados
Art./arts.	Artículo/artículos
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Comunidad Europea.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DCMR	Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
EEUU	Estados Unidos
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LOSS	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidad de crédito
MIDE	Museo Interactivo de Economía
Núm.	Número
Pág.	Página
S.A.	Sociedad Anónima

Préstamos bancarios y protección de los consumidores

S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SS	Siguientes
TAE	Tasa Anual Equivalente
TRLGDCU	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
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

España actualmente vive uno de sus momentos de mayor incertidumbre en el ámbito político. Las encuestas del Banco de España señalan un ligero descenso en la demanda de créditos y préstamos por parte de los hogares y empresas hacia los bancos. Esto propicia que las condiciones de acceso a los préstamos personales respecto de periodos anteriores se hayan suavizado, principalmente debido a la competencia emergente en dicho sector. Además, señalar que, dentro de la Unión Europea, España es uno de los países que tiene una tasa de endeudamiento más elevada, especialmente en préstamos personales destinados a la adquisición de la vivienda. A pesar de que el sector inmobiliario ha comenzado a mejorar, desde el año 2014 los préstamos hipotecarios están experimentando un descenso.

Respecto al coste de adquisición de créditos y préstamos, los bancos aplican una tasa del 9-9,5%. Aparte de la banca tradicional, en España se puede obtener un préstamo a través de otro tipo de entidades, las llamadas empresas crediticias, que operan principalmente por internet, aunque aquí el tipo de interés puede variar de unas a otras y también del que ofrecen los bancos, pero dicho coste puede merecer la pena ya que es mucho más fácil obtener un crédito rápido. De esta forma, con una llamada telefónica cualquier individuo puede obtener un crédito rápido, con un importe reducido de hasta 3.000 euros.

A pesar del descenso, a día de hoy los préstamos bancarios siguen siendo el medio más utilizado por la humanidad. La mayoría de la población es de clase media y aun así no tiene suficientes recursos económicos para permitirse comprar una casa, un coche, un reloj, entre otros. Y qué decir de las personas con menos recursos económicos aun, su única solución es acudir a las entidades de crédito y solicitar préstamos para poder costearse sus necesidades.

Por ello hemos decidido analizar este servicio tan utilizado actualmente. Pero antes de entrar a analizarlo, hablamos de su terminología y origen. También analizamos nociones generales como qué es el dinero, los contratos financieros, qué son los mercados financieros, tipos de contratos bancarios, entre otros aspectos.

Una vez estudiados los aspectos básicos, entramos a analizar los préstamos mercantiles y los préstamos bancarios. Viendo las obligaciones para ambas partes, consecuencias del

incumplimiento, tipos en cada caso y doctrina al respecto, la cual exige la concurrencia de dos requisitos para que los préstamos tengan naturaleza mercantil.

Y qué decir de los consumidores, los cuales siguen siendo la parte débil del contrato y a los que se debe de proteger. Por ello tratamos tanto a los consumidores como al usuario de servicios financieros. Enumeramos la normativa que protege al consumidor y al usuario de servicios financieros, observando que hay numerosas leyes al respecto. Y, en cuanto a los medios que tienen los mismos para hacer valer sus derechos e intereses, son numerosos con sus características.

En primer lugar, analizamos el Servicio de Atención al Cliente, viendo los aspectos básicos del mismo y el procedimiento que tiene a seguir. Siendo la primera instancia que tienen los consumidores. En segunda instancia tenemos al Defensor del Cliente, del cual también estudiamos el procedimiento a seguir y otros aspectos fundamentales del mismo. Y en tercera instancia tenemos el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, con su procedimiento, al cual se puede dirigir directamente sin la necesidad de agotar las dos anteriores vías.

También disponen de otros Mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, arbitraje o conciliación.

1. PRÉSTAMOS BANCARIOS

CAPÍTULO I. EL SECTOR FINANCIERO Y LOS CONTRATOS BANCARIOS

En cuanto a la procedencia etimológica del término préstamo, el latín es su fuente de origen. Emanan del vocablo *praestarium*, que es el resultado de la unión de tres partes diferenciadas: el prefijo *prae* que puede definirse como “delante”, el verbo *stare* que es sinónimo de “estar parado” y el sufijo *-arium* que significa “pertenencia”. En términos financieros, el préstamo¹ es una acción que consiste en entregar una cantidad de dinero (la persona que presta se denomina prestamista) a otra persona (denominado prestatario), la cual después de un periodo de tiempo deberá de devolverlo abonando una serie de intereses². Respecto del origen del préstamo podríamos decir que el préstamo existe desde que el ser humano vive en comunidad, ya que tenía la necesidad de entablar relaciones de todo tipo, al principio con las personas y posteriormente con las instituciones³.

La Banca tiene sus principios en Italia, en ciudades como Venecia, Florencia y en el puerto de Génova, a principios del Renacimiento. En Florencia fueron las familias Bardi y Peruzzi quien dominaron la Banca en el siglo XVI., siendo el banco más famoso el de los Medici, que fue fundado por Juan de Medici en 1397. Con el paso del tiempo, la Banca comenzó a extenderse a toda Europa, destacando sobre todo en Ámsterdam en el siglo XVI y en Londres, durante los siglos XVII y XVIII, siendo la familia Rothschild la más famosa, de procedencia judío alemana, conformadores de bancos e instituciones financieras que en el siglo XIX se convirtieron en uno de los linajes financieros más importantes de Europa. Con la llegada de nuevas formas de comunicación, los bancos crecieron de manera sustancial no sólo en tamaño sino también en alcance geográfico. Ya en el siglo XX, prácticamente cualquier persona con una idea de negocio, un servicio, o

¹ Cabe la posibilidad de acudir a espacios donde las personas puedan obtener dinero en metálico cuando lo necesiten de manera urgente. En dichos espacios les prestaran la cantidad que necesiten con la contraprestación de entregar en prenda todo tipo de objetos valiosos que posean, como, por ejemplo, joyas, bienes inmuebles o ropa, ese espacio se llama casa de préstamos.

² Los bancos pueden rechazar o denegar los pedidos de préstamo que hacen sus clientes. Suelen solicitar de sus clientes avales para así asegurarse que podrán cobrar el dinero una vez que ha concluido el plazo del préstamo. Además de estudiar el historial financiero del solicitante, para así comprobar si tiene o no deudas impagadas u otros problemas económicos.

³ Así, los bancos han estado siempre presentes dentro de la historia de la humanidad.

simplemente una necesidad económica, podía acceder a préstamos con los que cumplir sueños personales y colectivos. Por ello son cada vez más las personas que optan por esta forma de obtener liquidez para poder sacar adelante sus proyectos de manera fácil y sencilla.

El consumidor tiene dos nociones. La primera es una noción concreta, la cual considera como consumidores a quienes adquieren bienes o servicios para uso privado. La segunda noción es la amplia, según la cual son consumidores todos los ciudadanos que, en cuanto personas, aspiran a tener una adecuada calidad de vida⁴. Señalar que en el Derecho español no existe una única noción de consumidor, porque que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de consumo han establecido un concepto propio de consumidor, sino que además dentro del Derecho estatal, las nociones varían en función del concreto ámbito que se pretende disciplinar con cada ley. Así el propio artículo 3 TRLGDCU deja a salvo lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, pero otras leyes en cambio contienen su propio concepto de consumidor, como sería el caso de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que define al consumidor como "*la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*" en su art. 1.2, o el art. 151 del TRLGDCU para el cual consumidor o usuario es "*cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario*", considerando contratante principal a "*la persona física o jurídica que compra o se compromete a comprar el viaje combinado*". El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende aproximar nuestra legislación nacional a la legislación comunitaria, especialmente en la terminología. Para ello se utilizan los términos de consumidor y usuario y empresario. De esta manera el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas». La Ley 26/1984 no regulaba nada sobre si las personas jurídicas podían ser tratadas como consumidores. Por su parte la normativa comunitaria excluía de forma radical la posibilidad de que

⁴ Un ejemplo de esta noción amplia está en la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores, donde se establece en su número 3 que "*en lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor*".

podrían ser considerados consumidores sujetos de derecho distintos de las personas físicas. Pero en algunas Comunidades Autónomas la legislación autonómica llegó a aceptar que determinadas personas jurídicas pudieran ser consideradas como consumidores, pero con el requisito de que su actuación fuera al margen de una actividad empresarial o profesional. Pero además se requiere que el objeto social de tales entes no incorpore una actividad profesional o empresarial y dependerá de su personificación⁵. En el TRLGDCU, el concepto de consumidor se suministra en el art. 3, según el cual “*a efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”. Por tanto, según esta definición el consumidor y usuario, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, es decir, el sujeto contrata bienes y servicios, siendo el destinatario final de ellos, para un fin privado⁶. Se incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología.

En cuanto al concepto de dinero, “*el dinero es o sirve, ante todo, como unidad de cuenta o medida con la que se calcula el valor de bienes y servicios. En segundo término, el dinero vale, es decir, tiene valor de cambio o adquisición, es algo que generalmente se acepta a cambio de bienes y servicios o, dicho más sencillamente, es un medio de pago, y por eso, en fin, sirve también como depósito de valor (guardamos o ahorramos dinero)*”⁷. Según otros autores, “*el dinero o efectivo, es el objeto, directo o indirecto, de los contratos de financiación. El dinero es a un tiempo un bien inmaterial y un bien material. En el primer aspecto es una medida del valor de los bienes de carácter normativo, que otorga un poder patrimonial abstracto, capaz de servir de instrumento generalizado de cambio. Es una creación cultural de la humanidad, que está por encima de la pluralidad de moneda circulante en un Estado o en todo el mundo. Además, este valor patrimonial produce frutos civiles, pactados o legales. En el segundo aspecto, como moneda, es el signo físico que incorpora según la ley de cada Estado aquel valor patrimonial. Este signo tiene un valor*

⁵ Así una SA o una SRL no pueden ser nunca consumidores, aunque se hayan constituido y registrado para desarrollar una actividad sin ánimo de lucro.

⁶ Sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

⁷ CORTÉS, L.J., Lecciones de contratos y mercados financieros, Edit. Civitas, Madrid, 2004, pág.17.

nominal o legal, impreso e impuesto por el Estado, y un valor comercial o poder adquisitivo o de cambio, derivado de la masa y velocidad de su circulación, y de la confianza que merezca dicha moneda o divisa. Es una cosa mueble muy peculiar: absolutamente genérica, fungible, divisible y líquida, y produce frutos civiles o intereses, convencionales o legales, ya que se disponibilidad permite adquirir bienes productivos⁸. Podríamos decir que existen varios tipos de dinero, el dinero de curso legal, el dinero bancario⁹ y el dinero electrónico, que actualmente está en auge y se denomina como aquel “...medio de pago caracterizado por la circunstancia de que su valor o importe, que se “almacena” o “deposita” en un soporte electrónico va reduciéndose conforme se utiliza o emplea en la adquisición y pago a terceros distintos de su emisor, de bienes y servicios, normalmente poco onerosos¹⁰”.

El contrato financiero se caracteriza por ceder (dinero) y transmitir financiación (derecho a obtener ese dinero), pero a cambio, la persona financiadora que cede o transmite tiene ciertos derechos patrimoniales, como son el derecho a recuperar la cantidad financiada con la remuneración pertinente¹¹. En la práctica, estos derechos patrimoniales se denominan “activos (derechos) financieros” y su correspondiente obligación, “pasivos financieros”. Por ello, nos encontramos con que la contratación financiera es una cooperación entre sujetos que necesitan financiación y sujetos que pueden concederla. Así “...debe distinguirse la contratación financiera propiamente dicha (principal o primaria) de otras contrataciones complementarias lato sensu o impropriadamente financieras que la tienen como antecedente preciso y a la que completan y sirven, siendo, empero, diferentes, como son la contratación secundaria de activos financieros, la contratación de servicios financiero y la contratación de derivados, esto es, de determinado derechos basados o fundamentados en activos financieros¹²”. En palabras de otros autores “La

⁸ VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1833.

⁹ El dinero bancario, tuvo su origen en los siglos XIX y XX, y a día de hoy es la mayor parte de la masa monetaria en los países con una economía desarrollada. Los bancos y otras entidades similares han creado medios de pago propios, es decir, dinero (bancario), gracias a los depósitos que realizan las personas en sus bancos, que, a través de tarjetas, cheques, entre otros, se aceptan como sustitutos del dinero propiamente dicho.

¹⁰ CORTÉS, L.J., Lecciones de contratos y mercados financieros, Edit. Civitas, Madrid, 2004, pág. 17 y 18.

¹¹ VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1832.

¹² CORTÉS, L.J., Lecciones de contratos y mercados financieros, Edit. Civitas, Madrid, 2004, pág. 18 y 19.

contratación financiera (sea primaria, secundaria, accesoria o derivada) es el resultado del despliegue de la autonomía de la voluntad de los sujetos interesados en realizarla, que ofertan y aceptan, transmiten y adquieren libremente activos (derechos), pasivos (obligaciones) o servicios financieros para satisfacer sus necesidades puras o básicas de financiación, de liquidez, de servicios o de cobertura, y que, por hacerse así, libremente y en concurrencia de todos los sujetos interesados en esos intercambios, podemos decir que se realiza en el mercados financiero¹³”.

Según este autor hay una pluralidad de mercados financiero, cada uno con sus criterios. Podemos señalar cuatro tipos de clasificación de los mercados financieros. La primera clasificación sería según la clase de contratación que se realiza en ella, distinguiendo mercados principales, primarios o de emisión y mercados complementarios¹⁴. La segunda clasificación se basa en las características que tiene la financiación que se ha contratado, teniendo en cuenta que los mercados principales o primarios a su vez se clasifican en otros muchos¹⁵. La tercera clasificación diferencia los mercados organizados y los mercados no organizados. Y por último tenemos los mercados que se clasifican según la forma de captar la oferta y demanda¹⁶.

Los mercados financieros están sujetos a la supervisión administrativa con normas imperativas cuyo incumplimiento o violación conlleva la imposición de sanciones administrativas. Por tanto, la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa están limitadas por el interés general o público. En cuanto a las fuentes de regulación, se lleva a cabo mediante un sistema de fuentes

¹³ CORTÉS, L.J., Lecciones de contratos y mercados financieros, Edit. Civitas, Madrid, 2004, pág. 20.

¹⁴ Mercados secundarios, mercados de servicios financieros y los mercados de derivados.

¹⁵ La primera clasificación sería: los mercados de dinero (captar financiación a corto plazo), destacando los mercados monetarios, y los mercados de capitales (captar financiación a medio o largo plazo). La segunda clasificación, nos encontramos con los mercados intermediados (donde hay intermediación de un tercero), destacando el mercado crediticio y los mercados no intermediados (no hay intermediación de un tercero), destacando en este caso el mercado o los mercados de valores. La tercera clasificación del activo, especialmente del contenido de derechos y facultades del mismo. La cuarta clasificación versa sobre los locales, ya sean nacionales e internacionales. Destacan los mercados de eurodivisas (dólares u otras) y de eurobonos. Y, por último, tenemos los mercados de cambios o divisas.

¹⁶ Mercados de búsqueda directa, mercados de mediadores o brokers, mercados de especialistas o dealers y mercados de subasta doble.

complejo, destacando dos grandes bloques, por un lado, tenemos la regulación supraestatal y, por otro lado, una regulación con base estatal¹⁷. En cuanto a los entes administrativos que tienen competencia en la materia tenemos al Banco de España¹⁸ y la Comisión Nacional del Mercado de Valores¹⁹.

La actividad crediticia se define como *“la actividad financiera que realizan ciertas empresas especializadas (las llamadas entidades de crédito) consistente en la captación de fondos del público, en forma jurídica de depósito, préstamo u otros contratos que comportan la obligación de su restitución, y en el empleo de los fondos así conseguidos en la concesión de créditos por cuenta propia²⁰”*. Por ende, se trata de una intermediación que realizan los bancos, los cuales, a través de operaciones pasivas, como puede ser un contrato de depósito, obtienen recursos, llamados depósitos primarios, los cuales colocarán o prestarán por medio de otras operaciones que son llamadas como activas (préstamo)²¹.

Entrando en el tema de los contratos bancarios hablaremos en primer lugar de su concepto, así como de su clasificación y regulación. Así pues, un contrato bancario es aquel contrato realizado por una entidad de crédito, mediante el cual desarrolla su actividad típica y específica de intermediación crediticia²². Tradicionalmente estos contratos se clasifican en contratos u operaciones bancarias activas o pasivas²³. Activas serán aquellas que tienen como fin la colocación

¹⁷ Constitucionalmente en España la competencia para regular la tiene el Estado, sin olvidarnos que determinadas materias o aspectos puedan ser regulados por las CCAA. Por ello se suele recurrir a la potestad reglamentaria, para desarrollar mejor el contenido de las leyes y delegar en organismos administrativos que están encargados de supervisar y controlar los mercados, que además están mejor dotados para esa labor, debido a su mayor grado de especialización. Cabe señalar también que cabe la posibilidad de que los interesados puedan establecer sus propias reglas privadas, dando así mayor flexibilidad en el conjunto regulador.

¹⁸ CORTÉS, L.J., Lecciones de contratos y mercados financieros, Edit. Civitas, Madrid, 2004, pág. 39 a 42.

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, Edit. Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 314 a 316.

²⁰ CORTÉS, L.J., Lecciones de contratos y mercados financieros, Edit. Civitas, Madrid, 2004, pág. 53.

²¹ VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1875.

²² Pero no todos los contratos celebrados por entidades de crédito han de ser bancarios, ni todos los utilizados por las entidades de crédito para el desarrollo de su actividad son de exclusiva utilización por las mismas.

²³ CORTÉS, L.J.; *El Contrato Bancario. Tiempos Revueltos*. Autores participantes en la dicha obra: URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; BAÑULS GÓMEZ, A.; ÁLVAREZ OLALLA, M.P.; GONZÁLEZ CASTILLA, F.; TÁSIES BELETA, R.; CANLE, J.I.; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.; DE LA IGLESIA PRADOS, E.;

e inversión y las pasivas por su parte consisten en la captación de recursos por las entidades de crédito. Pero es necesario añadir un tercer grupo, las denominadas como neutras o accesorias, que consisten en los servicios que de forma complementaria los bancos prestan en beneficio a sus clientes²⁴. A pesar de que existen una amplia variedad de contratos, todos ellos tienen ciertos caracteres que son generales o comunes. Dichos caracteres son los siguientes: son contratos de empresa, por tanto, se consideran contratos mercantiles. Se trata de contratos legalmente atípicos, pero cabe la posibilidad de negociación. Tienen una duración e *intuitu personae*, quedando las partes vinculadas por el mismo, exigiendo buena fe para ambas partes. Las entidades de crédito tienen como obligación el deber de documentación y contabilización, al igual que el deber de secreto o de no revelación de los datos. Siendo habituales en los últimos años los contratos en especie electrónica debido al desarrollo tecnológico en el sector informático y de la electrónica. En nuestra legislación no existe una regulación general de estos contratos, predominando por tanto la autonomía de la voluntad y el acuerdo entre las partes, pero en muchas ocasiones la contratación bancaria utiliza condiciones generales predispuestas por las entidades de crédito. A fecha de hoy, independientemente de la vigencia de la Ley de represión de la usura, predomina la transparencia, la cual está sujeta a las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y al 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. Junto a estas normas generales de protección existen otras especiales, como, por ejemplo:

1. En cuanto a la transparencia, se han promulgado normativas para las entidades de crédito que establecen como tienen que comportarse las entidades de crédito en relación con sus clientes, imponiéndoles deberes que serán sancionados administrativamente en caso de no

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ. F.; PÉREZ CONESA, C.; BALLUGERA GÓMEZ, C. Edit. Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 22.

²⁴Aunque numerosos autores prefieren hablar de contratos u operaciones de financiación, contratos u operaciones de captación de pasivos y servicios bancarios de pago, de custodia o garantía.

cumplirse. Se trata principalmente de deberes de documentación²⁵, información²⁶ y publicidad²⁷ de las entidades de crédito. Pero están también sujetas a la Circular 3/2001, de 24 de septiembre, a Entidades de Crédito, que modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela a la hora de relacionarse electrónicamente.

2. Es aplicable asimismo la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, la cual incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, que deroga la anterior Directiva 87/102/CEE. Esta ley pretende conseguir la adaptación al creciente mercado del crédito y a las nuevas técnicas financieras, mitigar las diferencias sustanciales entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE y lograr un mercado crediticio más transparente (con la regulación de la TAE). La Directiva impone una armonización total, de forma que los Estados miembros no pueden mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las disposiciones armonizadas establecidas en esta norma europea, si bien tal restricción no impide mantener o adoptar normas nacionales en caso de que no existan disposiciones armonizadas. La LCCC se aplicará a aquellos contratos en el que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación. Esta ley recoge el concepto de consumidor, y dentro de los intermediarios de crédito, las obligaciones que tienen respecto de los consumidores. Se establecen también los contratos que se consideran excluidos del ámbito de aplicación de la LCCC. Pero hay alguno a los que se aplica parcialmente la LCCC. Los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en esta Ley, y cualquier

²⁵ Las entidades de crédito deberán de entregar al cliente un ejemplar del documento en que se formalice la operación, con toda la información de intereses, comisiones, gastos, tasa anual equivalente (T.A.E.), etc.

²⁶ Respecto de la transparencia e información de las condiciones que practican, las entidades de crédito deberán anunciar y publicar los tipos de interés preferencial que apliquen en cada momento para la contratación de sus operaciones crediticias, los tipos de interés para el descubierto en cuenta corriente, las tarifas de las comisiones y gastos repercutibles en las distintas operaciones, etc.

²⁷ Las entidades están sujetas a la previa autorización por parte del Banco de España para poder publicar operaciones, servicios o productos financieros que haga referencia a su coste o rendimiento.

renuncia o acto contrario a la ley será nulo. También contiene las actuaciones previas a la celebración del contrato con el fin de mejorar la información de los consumidores. En concreto, regula la información básica que debe de figurar en la publicidad y las comunicaciones comerciales y en los anuncios de ofertas que se exhiben en los locales comerciales donde se ofrece un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito. Asimismo, establece una lista de la información que el prestamista o intermediario del crédito deben de facilitar al consumidor antes de que éste asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, información que deberá de ser facilitada en un impreso normalizado en los términos establecidos en la Directiva, que variara según el tipo de contrato. Se regula la asistencia que debe de facilitarse al consumidor, esto es, deberán de ayudar (asesorar) al consumidor en la decisión sobre el contrato de crédito que, entre todos los productos existentes en el mercado, mejor responde a sus necesidades y su situación financiera. Además de explicar al consumidor de forma personalizada las características de los productos propuestos y advertiré de los riesgos que en caso de impago o endeudamiento conllevan, con el fin de que el consumidor entienda las repercusiones que tendría. También está la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario con carácter previo a la celebración del contrato de crédito, para la cual, se servirá de la información obtenida por sus propios medios y de la facilitada por el prestatario, incluyendo la consulta a la base de datos. Las condiciones de acceso a las bases de datos sobre la solvencia patrimonial de los consumidores han de ser iguales para todos los prestamistas, para así poder garantizar la libre competencia entre los prestamistas. Si se deniega el préstamo, el solicitante tendrá derecho a conocer de forma inmediata y gratuita los resultados de la consulta efectuada, salvo que una ley lo prohíba. Sin olvidarnos de la mayor exigencia de información al consumidor sobre los derechos y obligaciones que se reflejan en el contenido del contrato. Obligaciones en cuanto a la información que deben de facilitar al consumidor, la forma de los contratos (han de constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito) que no siempre especifica cómo debe de ser, pero acudimos al TRLGDCU. Y en cuanto a la duración de los mismos, el consumidor podrá poner fin gratuitamente y en cualquier momento a un contrato de crédito de duración indefinida, a menos que las partes

hayan convenido un plazo de notificación, que no podrá exceder de un mes. Si así ha sido pactado, el prestamista podrá poner fin a un contrato de crédito de duración indefinida dando al consumidor un preaviso de dos meses como mínimo. También trata sobre la fase de ejecución del contrato. Regula el derecho de las partes a poner fin a un contrato de duración indefinida, el derecho del consumidor al reembolso anticipado del crédito, la posición del prestatario ante la cesión de los derechos del prestamista, derecho a desistir del contrato, que sucede cuando se produce un cobro indebido, las liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición, todo lo relacionado con los contratos de crédito vinculado, la eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito. Al igual que trata sobre el tema de las obligaciones cambiarias, tales como el pagaré, las letras de cambio, etc. Existe la posibilidad de modificar el coste total del crédito, cumpliendo una serie de requisitos. Señalar que existe una penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias. Asimismo, se explica cómo es la fórmula matemática para el cálculo de la TAE. Señala el régimen sancionador y de impugnaciones. Cuando el incumplimiento es por las entidades de crédito se sancionará conforme a lo establecido en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Pero si el incumplimiento es por las demás personas físicas y jurídicas constituye infracción en materia de protección de los consumidores y usuarios. Respecto al régimen de impugnación, se abre la vía de reclamación extrajudicial para la resolución de los conflictos entre consumidores y prestamistas, así como intermediarios de crédito. Se podrán someter los conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de los intervinientes al Sistema Arbitral del Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a esta Ley conforme a lo previsto en el TRLGDCU²⁸.

²⁸ MARTÍN LÓPEZ, M.J.; *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. Autores participantes en la dicha obra: ÁLVAREZ LATA, N.; ÁLVAREZ OLALLA, P.; ARROYO AMAYUELAS, E.; BUSTO LAGO, J.M.; DÍEZ GARCÍA, H.; GARCÍA VICENTE, J.R., HEREDIA CERVANTES, I.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; MARCOS FRANCISCO, D.; NIETO CAROL, U.; PEÑA LÓPEZ, F., PETIT LAVALL, M.V.; QUICIOS MOLINA, S.; SÁNCHEZ, M.P.; SERRANO DE NICOLÁS, A., Edit. Aranzadi, Navarra, 2011.

Entrando en la clasificación anteriormente expuesta, debemos de explicar los contratos de captación activa y pasiva. Empezando por los contratos de captación pasiva, que son aquellos contratos mediante los cuales las entidades de crédito captan recursos, ya sean propios o ajenos. En cuanto a la captación ajena o de terceros, es necesario distinguir entre la que se obtiene en el mercado de valores²⁹ de la proveniente de otras fuentes crediticias³⁰.

A través de los contratos de captación de activos, las entidades de crédito conceden a sus clientes dinero o la disponibilidad de obtenerlos, con la obligación de devolver las cantidades obtenidas más un interés³¹. Estos contratos se clasifican: según su destino, están las operaciones de crédito consuntivo³² y de crédito productivo o empresarial, estos últimos a su vez pueden ser de explotación o circulante³³ o de inversión³⁴; según el sector al que se destinan los recursos, están las operaciones realizadas con el sector público y las realizadas con el sector privado y el exterior; en función de la moneda que se utiliza, tenemos las operaciones en moneda propia y las operaciones en divisas extranjeras; por el plazo de vencimiento o devolución de los recursos obtenidos, se distinguen las operaciones a corto³⁵, medio³⁶ y largo plazo³⁷; en función de su naturaleza, tenemos los préstamos, la apertura de crédito, descuento, existiendo otras figuras contractuales más modernas como el leasing o el factoring.

²⁹ Mediante la emisión de bonos, pagarés u otros valores por parte de las entidades de crédito.

³⁰ Operaciones pasivas crediticias.

³¹ Denominadas coloquialmente como operaciones de financiación.

³² Para satisfacer las necesidades de índole personal o familiar.

³³ Para financiar activos de esta clase.

³⁴ Destinados a la financiación del inmovilizado.

³⁵ Hasta un año.

³⁶ Entre uno y tres años.

³⁷ Más de tres años.

CAPÍTULO II. PRÉSTAMOS BANCARIOS

A. PRÉSTAMO MERCANTIL

“Sobre la base de los artículos 1740 y 1753 del Código civil se dice que el préstamo simple o mutuo es el contrato por el que una persona (prestatario) que ha recibido de otra (prestamista) una cosa fungible en propiedad se obliga a devolverle otro tanto de la misma especie y calidad³⁸”. La mayoría de la doctrina considera el contrato de préstamo un contrato consensual, donde el prestatario recibe una cosa fungible del prestamista, quedando obligado a devolverle otro tanto de la misma especie o calidad. Podemos deducir por tanto, que el préstamo tiene un carácter real, y a pesar de ser una norma de carácter dispositivo, podrá ser modificada por la voluntad de las partes, las cuales podrán establecer la perfección del contrato al momento en que existe el acuerdo entre ellas de celebrar un contrato de préstamo o mutuo³⁹.

Para saber cuál de los préstamos es mercantil se sigue un criterio, el cual exige la concurrencia de dos circunstancias. La primera de ellas tiene carácter subjetivo, se exige que alguno de los contratantes sea comerciante. Y la segunda, con carácter objetivo, que la cosa prestada sea destinada a actos de comercio⁴⁰. Acudiendo a la jurisprudencia nos encontramos con que *“La doctrina tradicional de nuestro Tribunal Supremo se ha mostrado rigurosa en el sentido de exigir estos dos requisitos para la calificación de un préstamo como mercantil. Así tiene declarado que es indispensable para que puedan calificarse de mercantiles los préstamos en que intervienen comerciantes, no solo la demostración de que las cantidades percibidas se dedicaron a negocios de aquella naturaleza, sino también que proceden de operaciones de comercio y que si no consta este último requisito es inaplicable el Código de Comercio (STS de 11 de octubre de 1918). Sin embargo, este criterio jurisprudencial ha sido criticado por diversos autores, los cuales han afirmado, en primer lugar, que entraña un elemento de inseguridad importante, ya que para saber la disciplina aplicable a un determinado contrato ha de desentrañarse el elemento intencional de conocer el destino que ha de dar el prestatario a las cosas recibidas en préstamo, y en segundo término, que aplicar tal criterio implica negar el carácter mercantil de los préstamos concedidos*

³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, Edit. Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 365.

³⁹ Por esta vía se llega a la concepción de que se trata de un contrato consensual por la voluntad de las partes.

⁴⁰ Art. 311 C. Com.

por los Bancos, que unas veces serían mercantiles y otras civiles. Por esta razón, el propio Tribunal Supremo, basándose en el artículo 2 del C.Com. y en la circunstancia de que diversos artículos del mismo, como los artículos 175, 177, 199, 212, califican las operaciones bancarias como mercantiles, ha afirmado en otras sentencias que aunque no se destinen las cosas dadas en préstamo a actos de comercio, los préstamos son mercantiles si son operaciones bancarias”⁴¹.

El préstamo mercantil tiene aspectos similares a los del civil, y podríamos señalar las siguientes: se considera que el contrato de préstamo es un contrato real⁴², aunque en los negocios bancarios las partes tienden a transformar el contrato en consensual⁴³; se crean por tanto obligaciones para ambas partes⁴⁴; y por último, es un contrato traslativo de dominio⁴⁵.

En cuanto a los tipos de préstamo mercantil, el Código de Comercio establece la siguiente clasificación: en primer lugar, diferenciamos según sea la cosa dada en préstamo, pudiendo ser préstamos de dinero, de título o valores y los que son en especie⁴⁶; en segundo lugar, según la duración del préstamo, nos encontramos los préstamos por tiempo determinado o indeterminado (o sin plazo); en tercer lugar, según sea gratuito u oneroso el préstamo, es decir, si está obligado a pagar intereses o no el prestatario; y por último según su garantía, pudiendo tratarse de préstamos sin garantía especial y préstamos garantizados.

⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, Edit. Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 366.

⁴² STS (Sala Primera de lo Civil) de 22 de mayo de 2001 (RJ/2001/6466). F.J. Sexto. “*El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos*”. Dicha sentencia hace referencia a que se trata de un contrato consensual y bilateral.; STS núm. 659/2001, de 27 de junio (RJ 2001/4978), indica que lo relevante es la puesta a disposición del dinero a favor del prestatario.

⁴³ Perfeccionándose el contrato desde el momento en el que las partes se han puesto de acuerdo en temas como la cuantía del préstamo, los plazos para su devolución y el importe de los intereses.

⁴⁴ A diferencia de lo que mantienen los defensores de la tesis tradicional, según la cual, se parte del carácter real del préstamo, considerando el contrato como unilateral, teniendo obligaciones solo el prestatario.

⁴⁵ Las cosas dadas en préstamo pasan a ser propiedad del prestatario. El prestamista pierde la propiedad del dinero y del derecho real sobre el mismo, el cual es sustituido por un derecho de crédito, es decir, derecho a obtener la devolución de la cantidad entregada. Por tanto, el prestatario debe devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

⁴⁶ Se hace referencia a los préstamos de cosas fungibles distintas del dinero o valores.

⁴⁷ Arts. 312 y 316 del CCom.

Respecto del contenido del contrato, debemos de señalar una serie de obligaciones para ambas partes. Empezando por el prestamista, el cual tiene la obligación de entregar al prestatario la cosa fungible que se haya pactado, en la forma⁴⁸ y en el momento establecido en el contrato. La cosa que deberá entregarse⁴⁹ normalmente será dinero⁵⁰, que podrá ser en moneda nacional o extranjera.

Las obligaciones del prestatario, básicamente son dos. La primera de ellas consiste en devolver otro tanto de la misma especie y calidad a la que recibió. Esta obligación se conoce coloquialmente como la obligación de restitución, *“el prestatario adquiere la propiedad de la cosa y tiene la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. A esa obligación corresponde un derecho de crédito del prestamista: el prestatario no se obliga a conservar la cosa o simplemente a usarla, sino que tras adquirir su propiedad la consume y se obliga, transcurrido el plazo pactado, a devolver otro tanto de la misma especie o calidad. Nos hallamos, por consiguiente, ante una obligación de cumplimiento aplazado”*⁵¹. En cuanto al vencimiento de la obligación, habrá que estar a lo dispuesto en el contrato por las partes. Si el vencimiento es indeterminado, porque las partes no hayan establecido nada, *“no podrá exigirse”*⁵² *al deudor el pago sino pasados treinta días a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiera hecho”*⁵³, tal como establece el art. 313 del CCom, no aplicándose a obligaciones vencidas y exigibles⁵⁴. Si el plazo de vencimiento está determinado, el prestamista de forma unilateral podrá anticipar el vencimiento del préstamo. Además las partes pueden pactar que en determinadas circunstancias⁵⁵, como por ejemplo una situación de insolvencia del prestatario, el prestamista

⁴⁸ La entrega deberá de realizarse en el plazo convenido, pudiendo ser de una o varias veces.

⁴⁹ Es requisito indispensable para que nazca la obligación que se haya recibido la cosa que es objeto del contrato, puesto que el prestatario no podrá estar obligado a devolver o a pagar intereses de lo que no ha recibido.

⁵⁰ También pueden ser valores u otros bienes fungibles.

⁵¹ SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, Edit. Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 369.

⁵² SSTS de 6 de junio de 2006 (RJ 2006/8176).

⁵³ Art. 313 del CCom *“En los préstamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho”*.

⁵⁴ SSTS de 24 de diciembre de 2003 (RJ 2004/139), en cambio sería válida la cláusula que establece que, una vez realizado el requerimiento por el acreedor, de cualquier forma, se deberá devolver el préstamo una vez pasados seis meses de la fecha en que se hizo.

⁵⁵ Como sería el caso de impago de intereses por parte del prestatario.

pueda resolver el contrato. Respecto de la cuantía a devolver, dependerá de la naturaleza de la cosa dada en préstamo: si se trata de dinero, el deudor deberá devolver la cantidad que recibió, con arreglo al valor legal⁵⁶ de la moneda al tiempo de la devolución⁵⁷. Pero si se ha pactado en una moneda específica (moneda extranjera, ya sean dólares, libras esterlinas, etc.), la devolución del préstamo se realizara en la moneda pactada y si no fuera posible, mediante su equivalencia en euros⁵⁸; y si se trata de títulos o valores, o de cosas fungibles (diversas del dinero, títulos o valores⁵⁹) el deudor pagará otro tanto de la misma clase e idénticas condiciones o sus equivalentes, en metálico, si aquellos hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario⁶⁰ ⁶¹. La segunda obligación consiste en pagar los intereses, solo si se ha pactado por escrito, tal y como establece el art. 314 del CCom y el art. 1755 del CC. Dicha exigencia por escrito puede realizarse mediante documento público o privado⁶². Así mismo el art. 315 del CCom establece que “*Podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie. Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor*”, pero habrá que tener en cuenta la Ley de 23 de julio de 1908, sobre la represión de usura, cuyo art. 1 establece que son nulos todos los contratos de préstamo que se califican como usurario, y serían los siguientes: 1) “*Aquellos en que se estipule un interés notablemente superior*

⁵⁶ Si se trata del euro, la moneda de curso legal en España, aun cuando se produzca una pérdida de valor de la misma por el transcurso del tiempo, el deudor está obligado al pago de la cantidad pactada en euros siempre que el valor legal del mismo se mantenga, aun cuando se haya devaluado o revaluado.

⁵⁷ Art. 312 de CCom, “*Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor, será en daño o en beneficio del prestador*”.

⁵⁸ Art. 1170 CC, “*El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.*”

⁵⁹ Art. 316.2. CCom “*Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.*”

⁶⁰ Art. 312.2. CCom “*En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase en idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.*”

⁶¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ.G. J y DÍAZ MORENO, A., Derecho Mercantil, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 238 a 240.

⁶² SSTS de 23 de febrero de 1996 (RJ 1996/1593).

al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado dadas las circunstancias del caso. 2) Aquellos en que se consignent condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean a favor del acreedor. 3) Aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada”⁶³.

B. PRÉSTAMO BANCARIO

“El préstamo bancario es aquel contrato por el cual la banca se obliga a entregar dinero al cliente, quien se obliga a pagar intereses y a restituir la suma recibida en el plazo pactado. Es una de las formas que utilizan las entidades de crédito para dar empleo a los fondos recibidos del público. Es una operación activa mediante la cual la entidad de crédito transmite la propiedad del dinero para su utilización temporal por el prestatario”⁶⁴. Se trata de un subtipo del contrato de mutuo, un mutuo de dinero, regulado en los arts. 311 y 324 del CCom, y de forma subsidiaria en los arts. 1740, 1753, 1757 del CC. El préstamo bancario simple está prácticamente en desuso por la innovación técnica que ha experimentado el mercado financiero dando lugar a la creación de nuevos mecanismos de financiación, destacando sobre todo la financiación de ventas de crédito o a plazo, dedicadas al crédito al consumo.

Este tipo de contrato se caracteriza por ser un contrato mercantil⁶⁵, consensual, oneroso y bilateral. Decimos que es mercantil porque cumple los dos requisitos del art. 311 del CCom, es decir, el primero exige que alguno de los contratantes sea comerciante, lo que siempre ocurre en el bancario, donde el prestamista, esto es, la entidad de crédito, es un comerciante. Y el segundo que las cosas prestadas sean destinadas a actos de comercio, esto no siempre ocurre en el préstamo bancario⁶⁶, pero la jurisprudencia considera *“que todos los préstamos bancarios, incluido los de consumo, son mercantiles porque constituyen operaciones de banca y las operaciones de banca son siempre mercantiles”*. Por ello según la doctrina se trata de un contrato consensual., porque

⁶³ SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, Edit. Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 372.

⁶⁴ ZUNZUNEGUI, F., Derecho del mercado financiero, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 631.

⁶⁵ VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1836.

⁶⁶ Se puede pedir dinero prestado para emplearlo en actos de consumo.

existe un acuerdo de voluntades, donde la entrega es un acto de ejecución⁶⁷. Además, es un contrato oneroso, porque la banca cobra intereses por el dinero prestado. Y es bilateral, el banco se obliga a entregar la suma y el cliente a devolverla con los intereses pactados.

Como obligación por parte de la entidad prestamista tenemos la obligación de entregar la suma de dinero en la forma que hayan pactado⁶⁸. Las obligaciones del cliente prestatario se resumen en las siguientes líneas *“recibida la suma de dinero, el prestatario asume las obligaciones de pagar intereses y de restituir la suma al vencimiento del plazo pactado. En ocasiones la banca se reserva en el contrato la facultad de vigilar el comportamiento del cliente prestatario y la evolución de sus negocios. El cliente se obliga en estos casos a permitir a la banca el acceso a su contabilidad con el fin de comprobar el destino de los fondos prestados y el mantenimiento de la solvencia patrimonial del cliente, principal garantía del reembolso del préstamo”*.⁶⁹ Por ende, entendemos que el prestatario tiene la obligación de pagar intereses⁷⁰, que podrán ser fijos o variables. Gracias al interés el banco obtiene una contraprestación por prestar el dinero. Por tanto, será interés, toda aquella prestación pactada a favor del acreedor, tal como establece el art. 315 del CCom⁷¹, el cual podrá ser fijado libremente por las entidades de crédito, siempre que no rebasen los límites establecidos en la ley de la usura. La obligación de pagar intereses prescribe a los cinco años. Si el prestatario no cumple con su obligación de pagar los intereses, éstos, salvo pacto en contrario, no podrán capitalizarse. En las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 y de 26 de octubre de 2011, se declara que *“la Ley de Usura no es aplicable a los préstamos bancarios en los intereses de demora, por la razón de que no constituyen intereses reales sino una sanción o pena indemnizatoria de los perjuicios causados al banco por el retraso en el pago”*. Además, el prestatario tiene la obligación de restituir los fondos recibidos. El prestatario deudor deberá de

⁶⁷ Por tanto, el banco cumple con su obligación poniendo a disposición del cliente la suma, abonándolo en su cuenta corriente

⁶⁸ Normalmente suele ser mediante abono en su cuenta

⁶⁹ ZUNZUNEGUI, F., Derecho del mercado financiero, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 635.

⁷⁰ VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1836.

⁷¹ En el préstamo bancario se presume el acuerdo tácito de pagar intereses. Por tanto, si el prestatario ha pagado intereses sin estar estipulado, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.

devolver la suma de dinero una vez vencido el plazo pactado⁷². El contrato podrá tener una duración determinada⁷³ o indeterminada⁷⁴. Ante el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones, la otra parte puede pedir la resolución del contrato. También existen otras causas de extinción del préstamo bancario, que está relacionado con la información que debe de dar el cliente al banquero para la formalización del préstamo⁷⁵ o con el destino que puede darse a las sumas prestadas⁷⁶.

C. MODALIDADES DE PRÉSTAMO BANCARIO

Señalaremos tres tipos de préstamos bancarios, los préstamos sindicados, préstamos participativos y préstamos hipotecarios.

El primero de ellos, tarta de operaciones bancarias con un importante volumen, donde hay varias entidades de crédito, las cuales prestan fondos en la proporción que se haya convenido, para entregárselo al cliente (empresa o entidad de gran dimensión). En este tipo de préstamos es importante realizar una estructuración⁷⁷ de las entidades que participan en dicha operación, así como preparar la operación en sí⁷⁸. En las cláusulas del contrato, es necesario delimitar de forma clara cuál es la posición contractual de todas las entidades que participan en la operación y del

⁷² Al tratarse de un préstamo de suma, el prestatario cumple con su obligación, devolviendo la misma cantidad numérica que recibió.

⁷³ Cuando la duración del contrato es determinada, es decir, de forma expresa existe una fecha de vencimiento, la obligación de restitución solo puede ser exigida al vencimiento del término pactado. En caso de silencio en el contrato, el cliente no podrá obligar al banquero a recibir el reembolso anticipado. Excepcionalmente el art. 10 de la LCCC faculta al consumidor para reembolsar anticipadamente el préstamo recibido. Para la prórroga del préstamo, se exige mutuo acuerdo, a no ser que en el contrato faculte al cliente para obtenerla.

⁷⁴ En estos casos la petición de reembolso del banquero deberá ser requerida notarialmente con treinta días de antelación.

⁷⁵ Se trata de un contrato basado en la confianza, por ello, si el cliente falsea alguno de los datos sobre su situación económica, la entidad de crédito queda facultada para resolver el contrato.

⁷⁶ El cliente tiene el deber de comunicar el destino que va a dar a la suma prestada. Si utiliza los fondos prestados para otros fines, el banquero podrá pedir la resolución anticipada del contrato y el reembolso de los fondos prestados.

⁷⁷ Existe un sindicato de entidades.

⁷⁸ El banco director de la operación, localizará a todas las entidades que quisieran participar en la operación. Llevará a cabo la distribución del importe que correspondería prestar a cada entidad de crédito participante y a cambio obtendría por su trabajo una contraprestación o compensación. También señalar que este banco director suele ser el más importante participe en la operación.

cliente, además de enumerar las demás obligaciones complementarias que tendrá el deudor. La labor del banco agente, que puede coincidir o no con el del director, consiste en procurar que la operación se realice de forma correcta⁷⁹ y llevar el seguimiento de la relación con el cliente hasta su terminación, por lo cual obtiene una determinada remuneración. Este tipo de préstamo conlleva una serie de ventajas para todos los partícipes en la operación. Para la empresa, es la posibilidad de conseguir préstamos más amplios de los que podría obtener en sus bancos normales, permitiendo así tener unas relaciones bancarias más amplias, incluso fuera del país y así ampliar sus fuentes de financiación. Para los bancos agentes les permitiría ofrecer préstamos a sus clientes, cobrando una comisión adicional como organizador del crédito. Y para los bancos que participan en estos préstamos, tendrían nuevos clientes, que normalmente no tendrían acceso por falta de conocimiento y contacto.

El segundo de ellos, está regulado en el art. 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 el cual establece lo siguiente: *“Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características: a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos. c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes. d) Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil. Dos. Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto de Sociedades del prestatario.”*

⁷⁹ Tales como recibir la información económica financiera que deba proporcionar el prestatario a lo largo de la vida del préstamo o percibir los abonos, distribuirlos, realizar notificaciones, etc.

Son préstamos con características especiales, puesto que se incluyen dentro de una financiación ajena, pero con características comunes a todo contrato de préstamo, es decir, en este tipo de préstamo existe un prestamista que entrega una cantidad de dinero al prestatario, el cual tiene la obligación de devolverlo junto con los intereses⁸⁰ pactados, en un plazo determinado. No cabe la posibilidad de una amortización anticipada, porque en caso de que fuera posible los acreedores quedarían en una situación desfavorable respecto al prestatario. Y cabe la posibilidad de una subordinación en las deudas dando lugar a que el prestamista subordinado estaría en una posición similar al resto de acreedores.

Y, en tercer lugar, tenemos los préstamos hipotecarios. Se trata de un producto financiero a través del cual una entidad financiera presta dinero a un sujeto, teniendo una garantía real a cambio, que sería nuestro inmueble⁸¹ adquirido con tal préstamo, donde el prestatario se compromete a devolver dicha cantidad, junto con los intereses pactados, a través de pagos periódicos. Si el sujeto no pagara el préstamo solicitado, la entidad podría requerir el pago del dinero que debemos a través de un procedimiento judicial, quedándose con nuestra vivienda, como último recurso, ya sea de forma total o parcial, para el cobro de la deuda. Este tipo de préstamo tiene una serie de características que es interesante destacar. Hay por medio un inmueble, además de existir la obligación de llevar a cabo esta operación en escritura pública inscribiéndola en el Registro de la Propiedad. Es un préstamo a medio-largo plazo, que suele rondar entre los 15 y 30 años. En función del interés aplicable, ya sea fijo, variable o mixto, y de la moneda utilizada, normal o en divisas, tendremos unos préstamos hipotecarios u otros. Las condiciones de las hipotecas variaran en función de la finalidad de la hipoteca, puesto que no es lo mismo adquirir una primera vivienda donde llevaremos a cabo nuestra vida habitual, que una de segunda residencia. Además de que cada entidad de crédito tendrá sus características peculiares. Una vez pagada la hipoteca será necesario que la entidad de crédito consienta la cancelación de la hipoteca que se realizará en documento público que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Por tanto, este tipo de préstamo goza de una amplísima difusión en la práctica y se ha convertido en la figura crediticia de habitual utilización para la financiación de la promoción inmobiliaria y de la

⁸⁰ Que en todo caso será un interés variable que podrá ir acompañado o no de uno fijo.

⁸¹ Ya sea una vivienda, un local, una parcela, plaza de garaje, entre otros.

adquisición de viviendas. En definitiva, *“se trata de un préstamo de dinero en los que su devolución, además de estar garantizada de un modo personal, lo está por un bien inmueble que queda afecto al buen fin del préstamo. Se trata de una garantía hipotecaria: el propietario del inmueble lo tiene en su poder, teniendo derecho a su uso y disfrute, pero en caso de incumplimiento de la obligación de devolver le préstamo, la propiedad del bien pasara a la entidad financiera”*⁸². Cabe la posibilidad de que el cliente hipoteque un inmueble del que ya es propietario para obtener un préstamo que de otro modo no le sería concedido y cuyo importe puede destinar a otro fin. Esta garantía real que propone el cliente ayudaría a que la cuantía del préstamo pueda ser mayor, con un mayor plazo de devolución, y con un tipo de interés más reducido que en los préstamos personales.

Las entidades de crédito suelen llevar a cabo un procedimiento para la concesión del préstamo y es el siguiente: La entidad bancaria solicita los datos personales, económicos y patrimoniales del cliente para comprobar su solvencia, su capacidad de generar ingresos y que la vivienda que quiere adquirir este libre de cargas. La documentación que se suele pedir es la siguiente: el NIF de todos los intervinientes en la operación, justificante de ingresos, cual es la antigüedad en la empresa y el tipo de contratación, la última Declaración de la Renta, documento privado de compraventa de la vivienda que se va a hipotecar, último recibo del IBI, la escritura de propiedad de la vivienda a hipotecar, nota simple de la vivienda, proporcionada por el Registro de la Propiedad. Una vez presentados los documentos solicitados, la entidad valorará la viabilidad de la concesión del préstamo. Uno de los métodos que utiliza es el denominado “scoring”, es un método rápido y objetivo para analizar el riesgo de un cliente que ayuda a decidir si se le concede o no la financiación pedida, siendo un método orientativo y no vinculante para la entidad. Tomada la decisión se comunicará al cliente. Si se autoriza la concesión del préstamo, la entidad solicitará a la Sociedad de Tasación que fije el valor de la finca que se va a hipotecar, ya que el importe del préstamo estará en función del mismo y por otro lado a la gestoría con la que trabaje la verificación registral de la vivienda. La entidad de crédito emitirá una oferta vinculante, esto es, un documento escrito con todas las condiciones financieras del contrato de préstamo, tales como, el importe,

⁸² BAHILLO MARCOS, M.E., GALAS PUPARELLI, M.C. y PÉREZ BRAVO, M.C., Productos y Servicios Financieros y de Seguros, Edit. Paraninfo, Madrid, 2009, pág. 82.

forma de entrega, tipo nominal aplicable, comisiones y otros gastos a cargo del prestatario, TAE y cuadro de amortización. Se entregará al cliente, el cual tiene un plazo de diez días para examinar la oferta y aceptarla o rechazarla, plazo durante el cual la entidad no podrá cambiar las condiciones del contrato. Si el cliente la acepta, la devuelve a la entidad, debidamente firmada, y la constitución del préstamo hipotecario deberá hacerse en escritura pública, la cual se inscribirá en el Registro de Propiedad.

Podemos destacar cuatro modalidades⁸³ de ofertas de préstamos hipotecarios. El primero sería el préstamo a interés fijo⁸⁴. El segundo es el préstamo a interés variable⁸⁵. El tercero sería el préstamo a interés mixto⁸⁶. Y por último tenemos los préstamos a cuota fija⁸⁷.

Tradicionalmente en nuestro sistema legal, la garantía real hipotecaria sobre un inmueble ha sido considerada la medida de aseguramiento más efectiva, pero en los últimos años, este ámbito se tambalea desde sus cimientos, quebrando las expectativas de ambas partes de la relación jurídica y anunciando indefectiblemente su inminente deceso⁸⁸, debido a la grave crisis económica que padecemos⁸⁹. En este punto debemos de destacar la STS de 9 de mayo de 2013 en la que se declaran nulas las denominadas cláusulas suelo en los supuestos en los que se aprecie falta de transparencia⁹⁰. Por ello, la licitud de las cláusulas suelo está condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente, las cuales regulen los elementos principales de los contratos suscritos con los consumidores⁹¹. En los últimos meses

⁸³ BAHILLO MARCOS, M.E., GALAS PUPARELLI, M.C. y PÉREZ BRAVO, M.C., *Productos y Servicios Financieros y de Seguros*, Edit. Paraninfo, Madrid, 2009, pág. 82.

⁸⁴ Este interés permanece constante durante toda la vida del préstamo, por lo tanto, la cuota a pagar será la misma siempre.

⁸⁵ El tipo de interés cambia según el índice de referencia, por ejemplo, el Euribor. Este tipo se revisa cada cierto tiempo, ya sea trimestral, semestral o anualmente.

⁸⁶ Se trata de una mezcla de los dos anteriores.

⁸⁷ Siempre se pagará la misma cantidad, pero son préstamos a interés variable, por lo que una subida en el tipo de interés implica una mayor duración del tiempo de amortización y viceversa.

⁸⁸ MARÍN CASTÁN, F., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 36 y ss.

⁸⁹ VICENTE CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1907 a 1916.

⁹⁰ MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015, pág.47 a 115.

⁹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 438.

se ha producido otro aspecto bastante controvertido dentro del tema de las hipotecas, que es la Sentencia del 16 de octubre del 2018 relativa al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. En dicha sentencia se cambia la doctrina hasta hoy en día y obligaba a la banca a hacerse cargo del tributo. Al mes siguiente el mismo Tribunal Supremo dictó otra sentencia rectificando lo declarado en la sentencia firme anterior y estableció que fueran los consumidores los que pagaran el AJD. Ante este hecho el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley por el que obliga a los bancos a asumir el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados vinculado a una hipoteca. De esta forma, a partir del 10 de noviembre del 2018 el tributo ya no tendrá que abonarlo los clientes, como ocurría anteriormente. Dicha sentencia generó una gran alarma social e inseguridad jurídica en los ciudadanos y en el mercado hipotecario, por ello se aprobó el Real Decreto-ley para garantizar la seguridad jurídica y que los ciudadanos no tengan que pagar más este impuesto, que ahora pagarán los bancos. Pero la banca no se podrá deducir el pago del impuesto hipotecario. Para que esto sea posible, el Gobierno ha modificado el artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados estableciendo que cuando se trate de un préstamo con garantía hipotecaria se va a considerar "*sujeto pasivo al prestamista*". Además, el Ejecutivo ha cerrado la posibilidad a la banca de deducirse el pago del tributo cambiando el artículo 15 de la ley del impuesto de Sociedades. En paralelo a estas medidas, el Ministerio de Economía está trabajando en la creación de una autoridad independiente que vele por los derechos de los clientes, organismo que estará listo en las próximas semanas y que velará para prevenir que las entidades financieras puedan trasladar a las hipotecas el coste del pago del impuesto o que se introduzcan "cláusulas abusivas" al respecto.

2. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES BANCARIOS

CAPÍTULO I. PROTECCIÓN SUSTANTIVA

La defensa y protección del usuario financiero se encuentra regulada en dos vertientes. La primera recoge la normativa en materia de supervisión prudencial, con especial interés en la ordenación y disciplina de las entidades de crédito⁹². Y la segunda hace referencia a la normativa específica de transparencia y protección de la clientela bancaria⁹³.

Por tanto, la primera vertiente recoge la competencia para regular el crédito y la Banca, estableciendo que corresponde al Estado y a las CCAA, pero además corresponde al Banco de España⁹⁴, así lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional número 135/1992, de 5 de octubre, que en su FJ 3 recoge “ *que el Banco de España⁹⁵ forma parte de la Administración de Estado en su vertiente institucional o indirectamente y es la primera autoridad monetaria, y como tal a quien corresponde las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora*”.

En cuanto a la segunda vertiente, señalar la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidad de crédito, es una norma de carácter básico que incorpora a nuestro ordenamiento el Acuerdo Basilea III⁹⁶, teniendo como objetivo armonizar toda la normativa existente para crear así un marco regulador común y eficaz sobre solvencia de las propias

⁹² Pretende llevar a cabo una organización del sistema bancario y una estabilidad del propio mercado financiero. Incidiendo directa y positivamente en la protección y garantía de los derechos e intereses de los clientes bancarios.

⁹³ Trata de mejorar el nivel de protección dispensado a los consumidores en un ámbito caracterizado por el desequilibrio en la relación contractual.

⁹⁴ Se le confía determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege.

⁹⁵ Puede dictar Órdenes Ministeriales y Circulares.

⁹⁶ Es un conjunto de estándares prudenciales internacionales dirigidos a entidades y supervisores bancarios, desarrollados por el Comité de Basilea.

entidades⁹⁷, habilitando en su art. 5 habilita al Ministerio de Economía y Competitividad⁹⁸ para dictar las normas sobre transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios. Asimismo, la Disposición Adicional vigésima, exige al Gobierno, la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley para la incorporación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008 (48/CE) y 2013/36/UE y el Reglamento nº1093/2010/UE.

La transparencia de la actividad bancaria y del funcionamiento de los mercados es uno de los objetivos más perseguidos por cualquier ordenamiento jurídico, puesto que de esta forma se consigue un mejor funcionamiento del sistema bancario y se garantiza una adecuada protección de los consumidores al imponer a las entidades de crédito el deber de ofrecer al cliente la información necesaria para garantizar que adopte una decisión económica de la forma más conveniente. Para ello se ha aprobado la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁹⁹. Por su parte, el Banco de España¹⁰⁰ ha aprobado la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos¹⁰¹. También se ha modificado la normativa relativa al régimen de publicidad de las entidades de crédito mediante la

⁹⁷ A esta pluralidad de normas han contribuido dos motivos. El primero, es la entrada de España en la Unión Europea, que supuso la necesidad de adoptar las normas preexistentes en el ámbito europeo a nuestro ordenamiento jurídico. Y el segundo, el desarrollo del sistema bancario, que ha evolucionado desde un sistema poco competitivo y sofisticado hasta un sistema en algunos aspectos excesivamente complejo. Debido a estos dos factores se produjo la proliferación masiva de leyes y normas, pero de una forma dispersa, fragmentada y, en ocasiones, incluso caótica, llegando a coexistir normas reguladoras del mismo aspecto, pero algunas de ellas parcialmente derogadas y otras múltiples veces modificadas.

⁹⁸ El Ministro de Economía tiene competencia para aprobar proyectos de ley, Reales Decretos-leyes y Reales Decretos Legislativos.

⁹⁹ Esta orden reúne en un único texto todas las reglas básicas de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones relativas a la protección del cliente bancario, desarrollando al mismo tiempo los principios del préstamo responsable, para así proteger también al potencial deudor hipotecario.

¹⁰⁰ Está habilitado para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹⁰¹ Contiene normas precisas para el desarrollo y ejecución de las disposiciones de la Orden de transparencia y protección de 2011, y las obligaciones de información de los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa.

Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la LCCC.

Además de toda la normativa expuesta, existen instituciones de defensa y protección del cliente, en concreto, se ha previsto la oportunidad de resolver los conflictos y por tanto, tutelar los intereses de los clientes, a través de los Servicios de Atención al Cliente y de Reclamaciones, regulados por 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 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Y por último señalar la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamación del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

CAPÍTULO II. PROCEDIMIENTOS Y MECANISMOS DE TUTELA

Los consumidores disponen de la acción de reparación de daños colectivos o difusos y de la acción de cesación y, además, se está llevando a cabo una política para mejorar los sistemas de tutela jurisdiccional en lo que concierne a las acciones colectivas de cesación y de indemnización, es decir, mecanismos de recurso colectivo.

Debido a la complejidad de los productos bancarios y la tecnicidad de los contratos se entorpece la tarea encomendada a los tribunales ordinarios, los cuales ya de por sí están sobrepasados por el elevado número de causas, dificultando así soluciones adecuadas, además de ocuparse de los problemas sociales como la comercialización de las participaciones preferentes o la inclusión de la cláusula suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Ante este panorama fue necesario un cambio de criterio en la gestión del conflicto. En este sentido, los medios extrajudiciales de solución de conflictos han ganado terreno a los judiciales por estar basados en criterios de racionalidad y sentido de equidad. Estos casos se engloban bajo el acrónimo ADR, que designa a los “Alternative Dispute Resolution Mechanisms”, que traducido al español significa “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos”¹⁰². Pero estos mecanismos cuentan con tres obstáculos. El primer lugar, uno de los principales impedimentos para acceder a los instrumentos y procedimientos judiciales es la escasez de recursos económicos, dificultad superable gracias a la instauración de un sistema de asistencia judicial gratuita¹⁰³, implicando un coste mínimo o nulo para los mismos, pero no así para el Estado, quien además de financiar su mantenimiento, debe de garantizar su buen funcionamiento, además de garantizar la igualdad de partes en dichos mecanismos¹⁰⁴. El segundo problema, es de índole organizacional, relacionado con la capacidad de obtener información sobre los recursos de los que se dispone para reivindicar los derechos e intereses, es decir, los medios para obtener una Justicia eficaz.¹⁰⁵ Y el tercer

¹⁰² Son mecanismos que intentan resolver las disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales, y constituyen métodos que tratan de mejorar ese acceso a la justicia de los ciudadanos, actuando también como instrumento para lograr la paz social, a la par que respetan los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

¹⁰³ Limitado a la cuantía presupuestada y a los requisitos objetivos de cumplir para beneficiarse de la misma.

¹⁰⁴ No favoreciendo a la parte más poderosa, que suele ser el empresario, causando un perjuicio a la parte débil, que es el consumidor.

¹⁰⁵ No solo se pueden tutelar derechos e intereses individuales, sino que también los colectivos.

obstáculo, sería procedimental, debido a la situación de colapso y falta de adaptación de los procesos judiciales a los nuevos derechos, intereses y necesidades de la sociedad¹⁰⁶.

En cuanto a la clasificación de las técnicas ADR, existen dos grandes grupos, el primero es el método autocompositivo, que implica que son las partes quienes alcanzan el acuerdo, no siendo imperativa la intervención de un tercero¹⁰⁷, procedimiento como la negociación, la conciliación y la mediación. El segundo es el método heterocompositivos, que se caracteriza por la sumisión de la controversia al conocimiento de un tercero imparcial, encargado de emitir una opinión o dictamen que incluya la solución considerada más apropiada a las circunstancias concretas, debiendo las partes acatarlas, destacando el arbitraje.

Los clientes disponen asimismo del Servicio de Atención al Cliente, para el cual las entidades de crédito tienen la obligación¹⁰⁸ de desarrollar un procedimiento interno de resolución de conflictos en el seno de la propia entidad como trámite previo para acudir ante el Ombudsman. Por tanto, deben de aprobar sus Reglamentos internos respetando unos mínimos para salvaguardar los principios y garantías de todo procedimiento extrajudicial de conflictos, para así ofrecer una protección adecuada y garantizar la tutela de los derechos e interés de los clientes bancarios. Pero lo importante para que este procedimiento sea exitoso es la independencia del mismo. Este servicio es el primer trámite para la resolución de la reclamación, queja o consulta, siendo por tanto órgano de primera instancia, funcionando como única instancia cuando el consumidor manifiesta expresamente su conformidad con la decisión emitida por la entidad, poniendo fin al procedimiento.

El procedimiento de este mecanismo es sencillo. Hay un requisito tácito previo, que consiste en que el cliente bancario tiene la obligación de acudir en primer lugar a la propia sucursal

¹⁰⁶ Es necesario diseñar procedimientos alternativos y/o complementarios a la vía jurisdiccional que resuelvan de forma eficaz los litigios.

¹⁰⁷ Es conveniente en aquellas situaciones en las que las relaciones entre las partes deben de continuar en un futuro. El tercero neutral actúa inter partes, es decir, son las propias partes quienes autocomponen una solución práctica y beneficiosa para ambas, dando por terminada la disputa. En este caso el tercero interviene ayudando a las partes, tratando de consensuar y unir posturas, pero no está facultado para imponer la solución que bajo su punto de vista sería la mejor.

¹⁰⁸ Así lo establece la Orden ECO/734/2004.

donde suscribió el contrato para buscar una solución que le resulte satisfactoria¹⁰⁹. El procedimiento se inicia a instancia de parte, mediante la presentación, ya sea personalmente o mediante representación debidamente acreditada, de la reclamación o queja, las cuales deberán de cumplir una serie de requisitos de forma y fondo. Respecto de la forma, deberá de presentarse por escrito, en soporte papel ante el Servicio de Atención al Cliente o en cualquier sucursal abierta al público de la entidad, figurando la fecha en la que se ha interpuesto la reclamación, emitiéndose acuse de recibo al cliente de su queja o reclamación. Los requisitos de fondo deben de cumplir unos mínimos establecidos en la Orden ECC/734/2004, aportando el reclamante las pruebas documentales, así como el documento que acredite su representación, en caso de que la hubiera. Una vez recibida la queja o reclamación por el Servicio de Atención al Cliente, se procederá a la apertura del correspondiente expediente, sin perjuicio de la posible inadmisión por falta de competencia de este organismo. La Orden mencionada anteriormente recoge el plazo de caducidad, que no puede ser inferior a dos años, a contar desde la fecha en que el consumidor tuviera conocimiento de los hechos causantes de la queja o reclamación¹¹⁰.

Una vez recibida la reclamación o queja y abierto el correspondiente expediente, el Servicio de Atención al Cliente realizara una serie de comprobaciones para determinar si adolece de errores materiales o formales, y si los hubiera, si son subsanables. Las entidades solicitaran la aportación de datos complementarios para los casos en los que la reclamación no se encuentre suficientemente acreditada respecto de la entidad reclamante o no se puede establecer con claridad los hechos por los que se reclama. Para dicha subsanación¹¹¹ se concede un plazo de diez días naturales, de lo contrario, se procederá al archivo de la causa. La inadmisión deberá de ser notificada al interesado mediante una resolución, motivada, otorgándole el plazo de diez días naturales para presentar las alegaciones oportunas. A continuación el Servicio de Atención al Cliente procederá a analizar y

¹⁰⁹ El cliente tratará con el Director de la oficina o con cualquier otro apoderado, aunque también podrá tratarlo con un gestor o asesor con el que formalizo tal contrato.

¹¹⁰ Si transcurre ese plazo, el Servicio de Atención al Cliente no entrará a conocer el recurso y recaerá sobre el cliente la carga de la prueba respecto de la fecha en la que tuvo conocimiento de tales hechos, así como de que las causas de no conocerlos con anterioridad no son imputables a él.

¹¹¹ No todos los errores son subsanables, por ello las reclamaciones deben de tener una serie de datos e información cuya ausencia o defecto conllevara irremediamente a su inadmisión a trámite.

estudiar los hechos alegados y la documentación aportada por ambas partes para emitir una decisión¹¹².

Tanto el Servicio de Atención al Cliente como el Defensor del Pueblo tienen capacidad para determinar una compensación económica al cliente. Pero primero debemos de explicar los dos tipos de perjuicios que existen. Por un lado, tenemos los daños propiamente económicos o pecuniarios, que comprende las pérdidas financieras y materiales. Y, por otro lado, tenemos los daños no pecuniarios, aquellos perjuicios que no afectan directamente a la economía del cliente, tales como el estrés, el perjuicio reputacional y potencial pérdida de clientes, entre otros. Por tanto, una vez analizada la información y documentación aportada por ambas partes, y calculada la compensación económica que proceda, el Servicio de Atención al Cliente deberá de emitir la decisión¹¹³. Esta decisión deberá de constar por escrito, aunque no está sujeta a requisitos formales estrictos¹¹⁴. Si la presentación de la reclamación o queja se realizó a través de medios informáticos, electrónicos o telemáticos, la notificación también podrá llevarse a cabo mediante estos medios, siempre y cuando permita la lectura, impresión y conservación de los documentos. La elección de estas vías queda supeditada a la voluntad del consumidor, y en su defecto, se realizará a través del mismo medio que en la reclamación fue presentada.

En cuanto a los requisitos de fondo de las decisiones, la normativa vigente no establece el contenido, solo exige que las decisiones sean motivadas con base en las cláusulas contractuales, las normas de transparencia y protección de la clientela aplicable, así como las buenas prácticas y usos financieros. De la práctica podemos señalar que el fallo de las resoluciones puede contener los siguientes sentidos:

- El Servicio de Atención al Cliente acepta la reclamación, ofreciendo la correspondiente compensación y/o establece unas medidas correctoras de la actividad a ejecutar por la entidad.

¹¹² Para ello tiene la facultad de recabar, de cualquiera de las partes, todos los datos, aclaraciones, informes o elementos de prueba que considere necesaria para adoptar una decisión.

¹¹³ Es la vía normal de terminación del procedimiento de resolución de conflictos.

¹¹⁴ En la práctica, suelen contener el resumen de los hechos y circunstancias que dieron lugar a la reclamación, los resultados de la investigación en base a la documentación e información aportada y por último el contenido de la decisión.

- El Servicio de Atención al Cliente no acepta la reclamación, pero ofrece una compensación y/o establece medidas correctivas.
- El Servicio de Atención al Cliente rechaza la reclamación sin ofrecimiento de compensación ni indicación de medidas a adoptar por la entidad.

Independientemente de la decisión adoptada, la resolución deberá de contener como clausula final, o en documento separado, la mención al derecho del reclamante insatisfecho de acudir en segunda instancia al Defensor del Cliente. Los plazos para emitir la decisión, suelen ser cortos, puesto que el objetivo es brindar al consumidor de un sistema alternativo eficaz a la tradicional vía judicial. No habiendo uniformidad en el plazo para emitir la decisión, la Orden ECO/734/2004 recoge en su art. 10.3 como plazo máximo de dos meses, a contar desde la presentación ante ellos de la reclamación o queja. En el caso en que el plazo de dos meses esté a punto de expirar, es el propio Servicio de Atención al Cliente que contactara con el cliente, por correo postal y por teléfono, para informarle de la situación, explicándole las circunstancias que justifiquen el retraso en la emisión del pronunciamiento. Estas decisiones solo serán vinculantes si así lo ha establecido la propia entidad de crédito.

Existe también un procedimiento abreviado, dotado de recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para tramitar de forma ágil y rápida las reclamaciones y quejas que son calificadas como urgentes, y por tanto tratadas de forma preferente respecto del resto, tales como el cobro indebido de una comisión, entre otros, cuya única solución es efectuar la devolución de las mismas junto con los intereses y una indemnización en concepto de gesto de buena voluntad para el restablecimiento de la confianza del interesado en la entidad cuestionada.

Otro método que existe es el Ombudsman, aunque menos utilizado en España¹¹⁵. Trata las disputas entre los ciudadanos y la Administración Pública¹¹⁶. Es un sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos de los consumidores que actúa como un representante del ciudadano o un Defensor del Pueblo. Es flexible, accesible y de menor coste económico, puesto que generalmente es gratuito para los ciudadanos. Por tanto, el Ombudsman o Defensor del Cliente es un sistema

¹¹⁵ En EEUU tiene mucho éxito.

¹¹⁶ Tiene la obligación de atender las reclamaciones y quejas de los consumidores por los servicios prestados por corporaciones o empresas de naturaleza jurídico-privada.

alternativo de resolución de conflictos, diferente a los clásicos ADR pero que participa en parte de algunas características y técnicas de mediación-conciliación y que, está adquiriendo una especial relevancia, sobre todo en el sector del crédito.

Ombudsman, se traduce al español como Defensor del Pueblo, fue incorporado por primera vez en la Constitución sueca en el año 1809, con la única finalidad de dar respuesta inmediata a los ciudadanos ante abusos de difícil solución por vía burocrática o judicial. En España se aprobó la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo¹¹⁷. Su labor consiste en supervisar la actividad de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones Locales, incluyendo la propia actividad de los ministros, las actuaciones de las empresas públicas y de los agentes o colaboradores de las Administraciones (siempre que se trate de una actuación con fines o servicios públicos). En la actualidad se utiliza indistintamente para hacer referencia tanto a los órganos de carácter jurídico-público como a las oficinas de reclamaciones de las empresas, de naturaleza jurídico-privada.

La Ley 44/2002, desarrollada por la Orden ECO/734/2004, además de establecer la obligación de las entidades de crédito de constituir un departamento o Servicio especializado de Atención al Cliente, establece potestativamente la facultad de designar un Defensor del Cliente para atender cierto tipo de reclamaciones, así como regular su régimen de competencia. La designación del titular del Defensor del Cliente recae, al igual que sucede en el Servicio de Atención al Cliente, en el Consejo de Administración, la persona designada podrá ser ratificada, por la Junta General, si así lo disponen los estatutos de la entidad de crédito. El hecho de que sea la propia entidad la que decida quién debe actuar como Defensor del Cliente siembra serias dudas acerca de la independencia que tanto se proclama de esta institución. Por ello el legislador para compensar este hecho impone legalmente la necesidad de que concurren en la persona del Defensor

¹¹⁷ En su art.1 define al Defensor del Pueblo como “*alto comisionado de la Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes generales. Ejercerá funciones que le encomienda la constitución y la presente Ley.*”

del Cliente una serie de requisitos y características¹¹⁸. Por tanto, el Defensor del Cliente¹¹⁹ debe de actuar con independencia¹²⁰ respecto de la entidad y con total autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones, tal y como viene recogido en el art. 7 de la Orden ECO/734/2004. Por tanto, hay dos procedimientos, uno interno y el otro externo. El interno es el Servicio de Atención al Cliente y el externo, es el Defensor del Cliente. Pero debemos señalar que el Defensor del Cliente tiene carácter subsidiario respecto al Servicio de Atención al Cliente, manteniendo una relación cuasi-jerárquica, puesto que el cliente bancario no podrá acudir a esta institución si previamente no ha agotado la vía del Servicio de Atención al cliente. Por tanto el cliente deberá de dirigirse necesariamente a los departamentos de atención de las propias entidades y, en aquellos casos en que la decisión no sea satisfactoria podrán plantearse el recurso al Defensor del Cliente¹²¹.

En cuanto a la legitimación, la activa corresponde a aquellas personas, ya sean físicas o jurídicas, que ostenten la condición de usuario de entidades supervisadas. Mientras la legitimación pasiva recae sobre las entidades de crédito, supervisadas por el Banco de España, esto es, cabe presentar una reclamación, queja o consulta contra las actuaciones de Bancos, Cajas de ahorros, Cooperativas de Crédito, Instituto de Crédito Oficial, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Establecimientos Financieros de Crédito, entidades de Pago, entidades de dinero electrónico, sociedades de tasación y establecimientos de cambio de moneda extranjera autorizados para realizar operaciones de venta de billetes extranjeros y cheques de viajero¹²².

¹¹⁸ El primero de ellos, es la honorabilidad comercial y profesional. En segundo lugar, la acreditación del conocimiento y experiencia adecuada para el ejercicio de sus funciones. En tercer lugar, el reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero de la persona o entidad. Y, por último, la ajenidad de la persona con respecto a la entidad o grupo de entidades para las que presta sus servicios. Este último requisito es indispensable para salvaguardar la independencia y autonomía de la institución respecto de la entidad de crédito para que de esta forma asegurar que no existe ninguna relación contractual con la entidad de crédito, evitándose así cualquier tipo de conflicto de intereses.

¹¹⁹ Recomendación de la Comisión 98/257/CEE recogida en la Ley 44/2002, cuyo art. 30 señala que tanto la organización como el funcionamiento de los servicios de reclamación deben ajustarse a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

¹²⁰ La independencia y ajenidad son dos nociones importantes, así como viene estableciéndolo la SAP de Madrid de 30 de junio de 2011.

¹²¹ Actuando como Segunda instancia.

¹²² BLANCO GARCÍA, A.I., La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 167 y 170.

Por lo que corresponde a la competencia, tenemos que hablar de la competencia objetiva y territorial. Respecto de la objetiva, nos encontramos con tres instrumentos de los que disponen los consumidores. El primero de ellos son las quejas¹²³, que son consecuencia de la insatisfacción del usuario de servicios financieros con respecto a demoras, desatenciones, o cualquier actuación deficiente de la entidad de crédito. El segundo instrumento son las reclamaciones, que alude a acciones u omisiones de las entidades de crédito cuyas consecuencias hayan redundado en un perjuicio para sus derechos e intereses económicos¹²⁴. Y por último tenemos la consulta¹²⁵, son solicitudes de información relativas a aspectos generales como los derechos de los propios usuarios de servicios financieros, al aplicación de la normativa de transparencia y protección de la clientela, así como solicitudes de asesoramiento sobre los cauces legales para el ejercicio de tales derechos. En cuanto al ámbito de actuación, queda limitado territorialmente, en los límites de lo nacional, si bien cabe la posibilidad de un conflicto deje de ser nacional o estrictamente nacional e implique y genere una controversia transnacional. Para este caso, en el año 2001, se creó la Red para la resolución de conflictos transfronterizos entre consumidores y proveedores en el ámbito de los servicios financiero, denominado FIN-NET, siguiendo la Recomendación de la Comisión 98/257/CE. En el año 2000 se creó otra Red, para la resolución de litigios en materia de consumo, se trata de la Red EJE, la cual fue sustituida posteriormente por los Centros Europeos del Consumidor. Ambas Redes quedan limitadas para los conflictos transfronterizos dentro de los Estados miembros, esto es, Europa. Pero el 14 de noviembre del 2013 se creó la denominada International Financial Consumer Protection Organisation, cuyo acrónimo en inglés es FinCoNet¹²⁶, con ella se intenta mejorar el nivel de protección de los consumidores de servicios financieros. Aunque aún queda mucho camino por recorrer hasta que podamos afirmar que las vías o cauces de solución de conflictos en materia bancaria y financiera son plenamente eficaces y nos dispensan una adecuada y proporcionada protección.

¹²³ Se refiere a un producto en concreto.

¹²⁴ La Orden ECC/2502/2012, exige el requisito de casualidad, es decir, que los perjuicios se entiendan producidos como consecuencia de presuntos incumplimientos de la normativa de transparencia y protección de la clientela u de las buenas prácticas y usos bancarios cometidos por las entidades de crédito contra las que se reclaman. Además, implica una pretensión indemnizatoria o compensatoria.

¹²⁵ Su objetivo es la obtención de información.

¹²⁶ Es una Organización internacional conformada por las autoridades supervisoras, que no tiene ánimo de lucro, constituida según la legislación francesa.

Las Decisiones tomadas deben de tener cuatro elementos. El primero de ellos es que se debe de tener en cuenta las disposiciones legales y reglamentarias existentes, puesto que la decisión no puede ser contraria a derecho en ningún caso. En segundo lugar, se deben de respetar los Códigos de Conducta¹²⁷ aplicables al ámbito bancario, en concreto a las relaciones de consumo. En tercer lugar, respetar los Códigos de Buenas Prácticas bancarias¹²⁸. Y, por último, se tienen que tener en cuenta las decisiones previas dictadas por el propio organismo.

En cuanto al procedimiento señalar que cuando el Defensor del Cliente haya sido configurado como segunda instancia, se exige, que la reclamación o queja haya sido formulada previamente ante el Servicio de Atención al Cliente de la correspondiente entidad de crédito, acreditando dicha circunstancia mediante la aportación del pronunciamiento emitido por parte del Servicio de Atención al Cliente, o en su defecto, el acuse de recibo de la presentación de la reclamación expedido por la propia entidad, que podrá constatarse que ha transcurrido el plazo de los dos meses sin que dicha reclamación haya sido resuelta. Una vez admitida a trámite la reclamación planteada, esta será comunicada a la entidad de crédito, para que tenga conocimiento

¹²⁷ Se trata de una vía de articulación interna de la organización de la entidad de crédito. Son textos paralegales que recogen una serie de conductas no previstas en la normativa jurídica pero que no por ello dejan de ser fundamentales para el buen funcionamiento del sector y, al no ser normas imperativas, su aceptación y consecuente vinculación quedan sometidos a la discreción de las propias entidades de crédito. Son documentos escritos y formales que sientan las bases y disponen los estándares morales que deben guiar la conducta de los trabajadores de la entidad de crédito, que no vienen exigidos por ley, pero son voluntariamente establecidos. Se trata de valores éticos que toda persona relacionada directa o indirectamente con la entidad debe garantizar. Estos valores refieren del respeto a la igualdad, legalidad, responsabilidad, objetividad y diligencia y, en lo que afecta a las relaciones con los clientes, exige una debida confidencialidad, la transparencia de las operaciones bancarias, así como la publicidad de la información oportuna, de forma clara y comprensible para el consumidor. El Ombudsman deberá de analizar si la actitud o comportamiento de la entidad financiera durante la relación con el cliente, sobre todo la que ha originado el conflicto, ha contravenido alguno de estos principios o reglas internas de regulación, puesto que de ello dependerá, en parte, el sentido de la decisión final.

¹²⁸ Son aquellos que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son exigibles para una gestión responsable, diligente y respetuosa con los usuarios de los servicios financieros. Se han elaborado dos Códigos de Buenas Prácticas, cuyo ámbito de aplicación ha quedado constreñido a la protección de los deudores hipotecarios como consecuencia de la grave situación de crisis económica e hipotecaria que atraviesa nuestro país. El primero de ellos es el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recurso, que incorpora un Código de Buenas Prácticas, posteriormente modificado por la Ley 1/2013, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

de ella y presente las alegaciones que considere oportunas en un plazo no superior a quince días naturales a partir de la fecha de apertura del expediente.

El procedimiento finalizará con la emisión de la decisión, la cual deberá de ser resuelta por el Defensor, por escrito, y en los casos en los que la notificación deberá de ser a través de cualquier medio informático, electrónico o telemático, éste deberá de permitir la lectura, impresión y conservación de los documentos. La notificación de la decisión pone fin al expediente de reclamación, iniciándose un nuevo computo de los plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales o arbitrales que le pueden corresponder al cliente. Respecto al plazo para emitir la decisión, en principio estaba fijada en dos meses a contar desde la fecha de recepción de la reclamación, pero algunos Reglamentos internos han establecido que, al tratarse de una queja o reclamación, que voluntariamente ha sido sometida al criterio del Defensor del Cliente en calidad de órgano de segunda instancia, solamente dispondrán de un mes desde la fecha de recepción de la reclamación en segunda instancia.

La decisión deberá de ser motivada, y expresar las conclusiones sobre la solicitud planteada en la reclamación o queja, basándose en las cláusulas del contrato controvertido, la normativa sobre transparencia y protección de la clientela y los criterios de las buenas prácticas y usos bancarios. Además, deberá de indicar la facultad que tiene el cliente interesado para acudir al DCMR o utilizar cualquiera de los otros medios de tutela disponibles en el ordenamiento (vía judicial, arbitral o administrativa), en caso de disconformidad con el pronunciamiento. En cuanto a la naturaleza jurídica de la decisión, tendrá carácter vinculante para la entidad de crédito en aquellos casos en los que sea favorable para el consumidor¹²⁹. Pero además de ser favorables para el cliente, es necesario que sean aceptadas por el mismo, renunciando el uso de cualquier otra vía de reclamación. Pero nos encontramos con un problema, y es que, ni el legislador ni las propias entidades han estipulado que medios puede utilizar el cliente para exigir a la entidad el cumplimiento de la decisión del Defensor. El Defensor no es competente para obligar a la entidad correspondiente a ejecutar lo contenido en la resolución, como tampoco lo es el DCMR en caso de que el cliente decidiera seguir por esta vía extrajudicial para resolver el conflicto. Por ello el cliente reclamante debería instar la apertura de un proceso judicial ordinario para exigir la ejecución de la

¹²⁹ Art. 7.3 de la Orden ECO/734/2004.

decisión del Defensor¹³⁰. En caso de que se opte por acudir a la vía judicial, la decisión del Defensor tendrá mero valor probatorio, no quedando los tribunales vinculados por la misma en el momento de emitir su sentencia a laudo.

Otro mecanismo que disponen los clientes es el DCMR, el cual fue creado en el año 1987 y no fue hasta mediados del año 2013 cuando se estimó oportuno poner a disposición de los clientes y usuarios financieros una guía con los pasos a seguir para la presentación de la queja, reclamación o consulta. Esta guía recibe el nombre “Manual de usuario para la Oficina Virtual de Reclamación”, disponible en la propia web del Banco de España. Esta guía incluye toda la información relativa a los tramites procedimentales a realizar, desde el formulario adecuado según el tipo de recurso a presentar o los contenidos mínimos que debe contener hasta la forma de proceder para realizar el control y seguimiento del estado de la consulta, reclamación o queja, entre otras cuestiones o informaciones sobre los avisos o los datos de contacto. Este Manual recoge las instrucciones básicas para la presentación y tramitación de las quejas y reclamaciones contra las actuaciones de las entidades de crédito, así como de las consultas sobre la normativa de transparencia y protección de los consumidores y de las buenas prácticas y usos bancarios. Por tanto, el DCMR pasa a convertirse en la tercera instancia. El sistema de triple escalón puede suponer para el cliente una demora en la obtención de una solución que satisfaga sus necesidades.

En cuanto a la competencia, el DCMR tiene competencia para resolver aquellas reclamaciones y quejas que presenten los usuarios de las entidades de crédito supervisadas por el Banco de España con la pretensión de obtener la restitución de sus intereses y derechos legalmente reconocidos, debido a los presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. También atenderá las consultas sobre las normas aplicables en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para el ejercicio de sus derechos.

¹³⁰ En la realidad en nuestro sistema bancario, las entidades normalmente cumplen con lo estipulado por el Defensor del Cliente, salvo que consideren firmemente que su actuación controvertida respeta todos los parámetros de la normativa sobre transparencia y de regulación de la actividad bancaria y opten por no acatar la decisión para que el asunto quede resuelto en sede del DCMR o de los tribunales ordinarios.

El DCMR actúa bajo el principio de ventanilla única, lo que significa que cualquier reclamación o queja podrá ser presentada indistintamente ante cualquiera de los servicios de reclamaciones (DCMR, Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), independientemente de su contenido. Por ello en caso de que el DCMR no resulte competente para su tramitación, deberá de remitirla inmediatamente al servicio de reclamación competente.

En cuanto a los requisitos de forma, los clientes podrán presentar sus quejas o reclamaciones, bien en soporte papel¹³¹, bien en soporte telemático a través de los registros electrónicos habilitados a tal efecto en el Banco de España, en la CNMV y en la DGSFP. Es necesario que quede constancia formal de la recepción de la misma por parte del correspondiente servicio de reclamación, emitiendo un acuse de recibo al cliente reclamante. Respecto de los requisitos de fondo, las quejas y reclamaciones deberán de efectuarse conforme al formulario que a tal efecto desarrollarán los Servicios de Reclamaciones, puesto a disposición en la página web, estos formularios deberán de contener los mínimos recogidos en la Orden ECC/2502/2012. Las consultas por su parte, no podrán referirse a una concreta operación ni a las condiciones materiales de las operaciones ni a los contratos de seguros por grandes riesgos. Las consultas tendrán un plazo de diez días hábiles para remitir los datos, elementos y documentos precisos que completen dicha consulta, de lo contrario el DCMR procederá al archivo inmediato del expediente, notificándolo al interesado. Para justificar la reclamación deberá de adjuntarse a la misma cuanta documentación resulte imprescindible para resolver las cuestiones planteadas, sin perjuicio de la información que pueda recabar el DCMR en el ejercicio de sus funciones como órgano resolutorio. Cabe la posibilidad de presentar una única reclamación o queja por parte de distintos reclamantes cuando estos se vean afectados por conductas que tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, de la misma entidad.

En el art. 5.4 de la Orden ECC/2502/2012 vienen recogidas las dos consecuencias jurídicas de la interposición de reclamaciones o quejas ante el DCMR. La primera de ellas establece que la

¹³¹ Presentación física ante el Registro General del Banco de España, con sede en Madrid, así como cualquiera de sus sucursales repartidas por las ciudades del país. También cabe la opción de dirigirse al DCMR a través de correo postal o por correo electrónico a través de la Oficina Virtual de Reclamaciones.

presentación de estos recursos no paralizará la resolución y tramitación de los correspondientes procedimientos. Y la segunda establece que la presentación de la reclamación o queja ante el DCMR suspenderá o interrumpirá los plazos establecidos para el ejercicio de acciones o derechos que, de conformidad con la normativa reguladora, puedan ejercitar quienes figuren en ellos como interesados.

Presentada la reclamación o queja ante el DCMR, éste debe comprobar que no concurre ninguna causa de inadmisión¹³² prevista en la Orden ECC/2502/2012. Admitida la reclamación, consulta o queja, se procederá a su tramitación por el DCMR, que puede llevarse tanto de forma individual como conjunta¹³³ en caso de que proceda acumular varios expedientes para su tratamiento. Con carácter previo a la ejecución de cualquier otra acción, la Orden ECC/2502/2012 establece la obligación del DCMR de informar al cliente interesado, dentro del plazo de diez días hábiles en caso de reclamación o de cinco en caso de queja, sobre los siguientes extremos: la tramitación de la reclamación por esta vía se entiende sin perjuicio de las acciones que le asisten para hacer valer sus derechos y de los plazos y cauces para su ejercicio; este procedimiento extrajudicial en concreto carece de efectos suspensivos sobre los demás procedimientos; el informe final no tiene carácter vinculante ni la consideración de acto administrativo recurrible. También se adoptarán medidas para salvaguardar el principio de contradicción entre las partes, para ello el

¹³² Serán inadmitidas cuando no se acredite fehacientemente haber sido formuladas previamente ante el departamento o Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, ante el Defensor del Cliente o participe de la entidad contra la que se reclame, siempre y cuando hubiera sido denegada su admisión o desestimada total o parcialmente su petición. En estos casos el cliente podrá aportar como prueba o comprobante el acuse de recibo expedido tras la presentación de la reclamación o queja o, en su caso, la decisión final emitida por la entidad ahora recurrida para su revisión por un organismo externo.

¹³³ Caben dos situaciones en las que se puede producir la acumulación de expedientes, relacionadas con la identidad objetiva o subjetiva de las reclamaciones o quejas formuladas. En concreto, cuando aun siendo presentadas por distintas personas, se refieran a la misma entidad financiera, guarden una identidad sustancial o una íntima conexión en los hechos o problemas puestos de manifiesto. Y también cuando sea formuladas por una misma persona, pero refiriendo a cuestiones que guarden una identidad sustancial o una íntima conexión, y que no consista en una mera reiteración. Esta acumulación de expedientes obedece, por un lado, al principio de economía procesal, derivada de la existencia de un único procedimiento para sustanciar varias acciones y resolver todas ellas en una sola sentencia y, por otro lado, proteger a los clientes reclamantes de posibles decisiones contradictorias que puedan emitir en cuestiones conexas si se tramitaran de forma separada.

DCMR remitirá a la entidad de crédito la reclamación, concediéndole un plazo de quince días para que conteste, presentado las alegaciones y documentación que estime pertinente.

Con toda la información recabada, el instructor y los tramitadores deben iniciar la llamada fase de investigación, para analizar los hechos alegados y la documentación justificativa para así tener un juicio razonable sobre lo sucedido y poder así elaborar las propuestas de resolución. El DCMR tiene la facultad de solicitar cualquier otra documentación necesaria para el correcto conocimiento de lo sucedido. Este requerimiento será atendido por el Servicio de Atención al Cliente o por el Defensor del Cliente que hubiera conocido del expediente en primera instancia en un plazo no superior de quince días hábiles para los expedientes de reclamación o diez días hábiles para las quejas. Transcurridos los cuales sin contestación se tendrán por incumplidos a los efectos de continuar la tramitación del expediente. Para que quede garantizado el principio de contradicción es necesario que ambas partes tengan acceso a las actuaciones incorporadas al expediente, por ello deberá de remitirse copia de las anteriores alegaciones y documentación al reclamante. Una vez recibida la documentación por el cliente interesado, dispone de un plazo de quince días hábiles en caso de tratarse una reclamación o, de diez días hábiles, en caso de queja, para pronunciarse sobre las alegaciones de la entidad. Tras la realización de este trámite de audiencia escrita, se procede a emitir el correspondiente informe. Se emitirá dicho informe una vez transcurrido el plazo sin que la entidad reclamada hubiera formulado contestación o transcurrido el plazo establecido para que los interesados muestren su posible disconformidad, dando por finalizado el procedimiento.

El informe tiene carácter de recomendación. La emisión de la decisión final es imperativa, salvo en los casos de allanamiento de la entidad o desistimiento del cliente, en los que se decretara el archivo de la reclamación. Este informe deberá de constar por escrito y debe de ser motivado. El informe deberá de ser notificado al interesado y a la entidad reclamada en el plazo de diez días hábiles a constar desde la fecha de la emisión y de cinco días hábiles en caso de tratarse de una queja. Respecto de los requisitos de fondo, en la Orden ECC/2502/2012 en el art. 12. 3 se establece el contenido del informe que debe de emitir el DCMR. Este informe nunca podrá contener una apreciación de los daños y perjuicios que el cliente haya podido sufrir, puesto que es competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia. El cliente puede recurrir a esta vía judicial aportando el

informe como prueba documental de fuerza, aunque el juez o el tribunal no quedan vinculados por el contenido del mismo. El plazo para emitir el informe, cuando es el caso de reclamaciones y consultas, es de cuatro meses y un mes, respectivamente. Mientras que en el caso de las quejas es de tres meses. Para este último caso matizar, que cuando la deficiencia o la demora ha sido causada por el Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, por el Defensor del Cliente, el DCMR deberá de emitir su informe en un plazo máximo de un mes y medio. Si transcurre el plazo estipulado sin que se produzca la emisión del informe, se deberá de informar al interesado esta circunstancia, sin perjuicio de la obligación de concluir el expediente dirigiéndose en todo caso por escrito al reclamante expresando su criterio mediante el informe correspondiente. La vía de terminación normal del expediente es la emisión del informe. Pero caben otras vías anormales de terminación, y son el allanamiento, el desistimiento, y la expiración del plazo concedido para la emisión del pronunciamiento.

Además de los anteriores hay un órgano de naturaleza administrativa, cuya labor consiste en atender las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios financieros, así como promover todas aquellas actuaciones que faciliten el conocimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela. Se trata del Servicio de Reclamaciones del Banco de España¹³⁴. Actualmente contamos con un organismo para cada sector, así podemos destacar el DCMR que se encarga de resolver las reclamaciones relativas a los productos bancarios; el Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que es competente en aquellos aspectos relacionados con los mercados de valores tales como la compraventa de acciones, suscripción o reembolso de fondos de inversión, etc.; y finalmente la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones está encargada de dirimir aquellas reclamaciones relativas a la comercialización de seguros, planes o fondos de pensiones.

Y por último tendríamos la vía judicial, a la que podemos acudir sin la necesidad de agotar los demás mecanismos.

¹³⁴ Se trata de una unidad de trabajo incardinada en los Servicios Jurídicos del Banco de España, que depende de la Jefatura, que adecúa su actuación a las directrices emanadas del Consejo Ejecutivo. Desde junio de 2013 su labor ha sido asumida por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, que a su vez incorpora competencias en materia de conducta de mercado, transparencia informativa, buenas prácticas, información a consumidores, educación financiera y resolución de conflictos.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo se engloba en dos partes, la primera consiste en la información relativa a los préstamos bancarios y la segunda parte, trata sobre la protección de los consumidores bancarios.

En cuanto a los préstamos bancarios, antes de entrar a analizarlos, tratamos conceptos básicos relacionados con el tema en cuestión. Conceptos como qué es el préstamo, el cual existe desde que el ser humano vive en comunidad, y proviene del latín del vocablo praestarium. En términos financieros, el préstamo es un dinero que se solicita a una entidad bancaria, a la cual deberá de devolver junto con unos intereses, impuestos por la entidad bancaria. La Banca tiene su origen en Italia a principios del Renacimiento. Posteriormente se extendió por toda Europa, y actualmente debido a las nuevas formas de comunicación los bancos es la mejor forma utilizada para la obtención de liquidez. Hay varios tipos de dinero, ya se el dinero de curso legal, el dinero bancario o el dinero electrónico, siendo este último el que está en crecimiento en esta época.

Los contratos financieros por su parte se caracterizan porque ceden un dinero o derecho a obtenerlo, a cambio de recuperar la cantidad cedida más una remuneración por la operación. Por su parte, la actividad crediticia, es una operación que realizan ciertas empresas especializadas para captar fondos públicos, y con estos, conceder créditos a otros sujetos. Respecto a los contratos bancarios, tenemos tres tipos, uno de ellos es el denominado contrato bancario activo a través del cual se invierte dinero, el segundo es el denominado contrato bancario pasivo porque capta recursos, y los últimos son los neutros o accesorios a través de los cuales las entidades de crédito prestan servicios complementarios en beneficio de sus clientes. Todos estos contratos tienen una serie de requisitos generales: son contratos de empresa y principalmente son de carácter mercantil, son contratos legalmente atípicos, con condiciones generales predisuestas por parte de la entidad de crédito, de duración determinada, con obligaciones para ambas partes. En cuanto a la regulación de estos contratos predomina la autonomía de la voluntad, aunque en numerosas ocasiones las entidades de crédito utilizan condiciones generales predisuestas. La normativa básica aplicable en estos supuestos es la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el 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. Pero también se han promulgado leyes especiales relacionadas con el hacer de las entidades de

crédito en relación con sus clientes imponiendo deberes y sanciones en caso de incumplimiento. Principalmente tienen que ver con los deberes de documentación, información, publicidad, entre otras. Otra ley aplicable es la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo.

En base a los art. 1740 y 1753 del Código Civil, el préstamo simple o mutuo es el contrato por el que una persona que ha recibido de otra una cosa fungible en propiedad se obliga a devolverle otro tanto de la misma especie y calidad. Se trata de un contrato consensual donde el prestatario se obliga a recibir una cosa fungible del prestamista para devolverle otro tanto de la misma especie y calidad. Tiene carácter real, aunque cabe que las partes pueden establecer la perfección del contrato al momento en que exista el acuerdo entre ellas de celebrar el préstamo. En cuanto a las clases de préstamos mercantiles, podríamos destacar los préstamos de dinero, de especie, de valores o títulos; préstamos por tiempo determinado o indeterminado; gratuitos u onerosos; préstamos sin garantía especial y préstamos garantizados. Ambas partes tienen una serie de obligaciones. Empezando por las obligaciones del prestamista, tenemos la obligación de entregar al prestatario la cosa fungible pactada en la forma y en el momento previsto del contrato. El prestatario por su parte tiene la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo que recibió y pagar intereses. En caso de no pagar la deuda en el tiempo pactado dará lugar a los intereses moratorios.

El préstamo bancario es aquel contrato por el cual una entidad de crédito concede una suma de dinero y se la entrega al cliente, el cual está obligado a pagar intereses y a restituir la suma recibida en el plazo pactado. Este contrato es mercantil, consensual, oneroso y bilateral. Como analizamos en este trabajo para que el préstamo sea mercantil se exigían dos requisitos. El primero de ellos es que alguno de los contratantes sea comerciante, y en este caso se cumple el requisito porque el prestamista, que es la entidad de crédito es un comerciante. Y el segundo requisito, es que las cosas prestadas sean destinadas a actos de comercio, esto no siempre ocurre, pero la jurisprudencia considera que todos los préstamos bancarios, incluidos los de consumo, son mercantiles. Las obligaciones del prestamista consisten en entregar la suma de dinero en la forma pactada, que normalmente suele ser mediante abono en su cuenta. Por su parte, el prestatario tiene la obligación de pagar intereses y de devolver la suma de dinero prestada al vencimiento del plazo pactado.

Tratamos tres modalidades de préstamo bancario. En primer lugar, hablamos del préstamo sindicado, consiste en operaciones bancarias con un importante volumen, donde hay varias entidades de crédito (habiendo un banco agente, un banco director y las demás entidades), las cuales prestan fondos en la proporción que se haya convenido, para entregárselo al cliente. En segundo lugar, analizamos los préstamos participativos que están recogidos en el art. 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Y por último tenemos los préstamos hipotecarios teniendo una amplísima difusión en la práctica para promoción inmobiliaria y la adquisición de viviendas. Es un préstamo de dinero, cuya devolución está garantizada además del modo personal, con un bien inmueble, que en caso de incumplimiento de la obligación la entidad de crédito podrá quedarse con la propiedad.

En cuanto a la segunda parte del trabajo, la cual trata sobre la protección de los consumidores bancarios, señalar principalmente pivota sobre dos ejes, el primero consiste en la normativa de supervisión prudencial, con especial interés en la ordenación y disciplina de las entidades de crédito. Y el otro consiste en la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria. Pero también se ha creado un marco institucional para la resolución de conflictos a través de los Servicios de Atención al Cliente y de Reclamaciones y el Defensor del Cliente.

Debido al colapso en los tribunales en los últimos años, han ganado terreno los medios extrajudiciales de solución de conflictos. Estos mecanismos son gratuitos para los ciudadanos, pero no para el Estado el cual tiene que financiarlos y controlar su desarrollo correcto.

Podemos señalar los “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, conocidos con ADR. Hay dos grandes grupos, el primero es el método autocompositivo, en el que son las partes las que alcanzan el acuerdo, no siendo imperativa la intervención de un tercero, procedimiento como la negociación, la conciliación y la mediación. El segundo es el método heterocompositivos, que se caracteriza por la sumisión de la controversia al conocimiento de un tercero imparcial, encargado de emitir una opinión o dictamen que incluya la solución considerada más apropiada a las circunstancias concretas, debiendo las partes acatarlas, destacando el arbitraje.

Entrando en el Servicio de Atención al Cliente, que es una especie de órgano de primera instancia, y puede ser la única en los casos en los que el consumidor manifiesta de forma expresa

su conformidad con la decisión emitida por la entidad, poniendo fin al procedimiento. Pero en los casos que no sean así, es el trámite previo para poder acudir al Defensor del Cliente o al DCMR.

El procedimiento es el siguiente: el consumidor deberá de presentar a instancia de parte, ya sea personalmente o mediante representación debidamente acreditada, de una queja o reclamación, la cual deberá de constar por escrito en soporte papel y constar la fecha de presentación, recibiendo el correspondiente acuse de recibo del mismo. Los requisitos de fondo vienen establecidos en la Orden ECC/734/2004, pero además deberán de presentar todas las pruebas documentales que consideren oportuno. Una vez presentado lo anterior, el Servicio de Atención al Cliente abrirá el correspondiente expediente, existiendo un plazo de caducidad de dos años desde la fecha en la que el consumidor tuviera noticias de los hechos causantes de la queja o reclamación. A continuación, el Servicio de Atención al Cliente realizara las comprobaciones correspondientes, y en caso de que exista algún dato que subsanar, concede el plazo de diez días naturales para la subsanación, de lo contrario archivara la causa, emitiendo la resolución motivada y concediendo al consumidor el plazo de diez días naturales para presentar alegaciones.

A continuación, el Servicio de Atención al Cliente estudiará todo e emitirá una decisión motivada, en el plazo de dos meses. Este Servicio de Atención al Cliente tiene la capacidad de determinar una compensación económica. El fallo de la decisión puede ser, que el Servicio de Atención al Cliente acepte la reclamación, en cuyo caso ofrecerá la correspondiente compensación estableciendo las medidas correctoras de la actividad a ejecutar por la entidad. Que no acepte la reclamación, pero ofrezca una compensación y/o establezca medidas correctivas. O rechace la reclamación sin ofrecer compensación ni indicar ninguna medida a adoptar por la entidad. En los tres casos deberá de contener como clausula final o en documento separado, la mención al derecho del reclamante insatisfecho de acudir al Defensor del Cliente. Puntualizar, que también cabe un procedimiento abreviado, para casos concretos.

Una vez que el consumidor haya acudido al Servicio de Atención al Cliente y no haya quedado satisfecho, tiene derecho de acudir de forma subsidiaria al Defensor del Cliente. Se trata de una figura que está financiada con fondos públicos, por tanto, es gratuita tanto para el consumidor como para la entidad de crédito. El régimen de competencia lo regula la propia entidad de crédito. El hecho de que la persona designada como titular del Defensor del Cliente sea por la

Junta General de la propia entidad de crédito siembra serias dudas relativas a su independencia, puesto que es la propia entidad de crédito quien nombra a dicho sujeto. Para paliar este problema, se exige que dicha persona reúna una serie de requisitos y características.

El procedimiento de este mecanismo es el siguiente: el consumidor deberá de aportar el pronunciamiento del Servicio de Atención al Cliente, o en su defecto, el acuse de recibo de la presentación de la reclamación, haciendo constar que ha transcurrido el plazo de dos meses sin que se ha emitido una decisión por parte del Servicio de Atención al Cliente. Una vez admitida a trámite la reclamación planteada, está será comunicada a la entidad de crédito, para que en el plazo de quince días presente las alegaciones que considere oportunas. El procedimiento finalizara con la emisión de la decisión, por escrito y motivada, haciendo constar el derecho del consumidor de acudir al DCMR o acudir a cualquiera de los medios de tutela disponibles en el ordenamiento, como la vía judicial, entre otros. El plazo para emitir la decisión es de un mes desde la fecha de recepción de la reclamación en segunda instancia. Esta decisión tendrá carácter vinculante para la entidad de crédito en aquellos casos en los que sea favorable para el consumidor. Y el consumidor deberá de aceptar dicha decisión, renunciando a la cualquier otra vía de reclamación. Pero existe un problema, puesto que el Defensor no es competente para obligar a la entidad de crédito a ejecutar la resolución, ni tampoco el DCMR, por ello el consumidor deberá de instar la apertura de un proceso judicial ordinario para exigir la ejecución de la decisión del Defensor, aunque los tribunales no quedan vinculados por dicha resolución, sino que solo tendrá valor probatorio. Por tanto, nos encontramos en un callejón sin salida, puesto que el hecho de acudir a otros mecanismos de resolución de conflictos para evitar acudir a la vía judicial no nos soluciona nada, ya que la resolución aun así no será vinculante para la entidad de crédito, viéndose el consumidor obligado a acudir a la vía judicial para exigir la ejecución de lo dictado en esos procedimientos alternativos, además de que lo dictado en ellas no vincula al tribunal, el cual puede dictar lo contrario.

Y, por último, analizamos el DCMR. Aunque fue creado hace años no fue hasta mediados del año 2013 cuando empezó a utilizarse. Se trata de la tercera instancia, aunque se puede acudir a él directamente, siendo su decisión no vinculante.

Los clientes podrán presentar las reclamaciones o quejas ya sea en soporte papel o en soporte telemático, constanding la recepción de la misma y recibiendo el correspondiente acuse de

recibo. En cuanto a los requisitos de fondo, las reclamaciones y quejas deberán de efectuarse conforme el formulario desarrollado por los Servicios de Reclamación, que está a disposición en la página web, cumpliendo los mínimos exigidos en la Orden ECC/2502/2012. Junto con la reclamación o queja, los clientes deberán de aportar toda la documentación necesaria, aunque el DCMR podrá recabar también la documentación que crea necesaria. Cabe la posibilidad de presentar una única reclamación o queja por parte de distintos reclamantes cuando el contenido y fundamento sea idéntico o sustancialmente similar, de la misma entidad. Presentada la reclamación o queja, el DCMR deberá de comprobar que no concurra ninguna causa de inadmisión prevista en la Orden ECC/2502/2012. Admitida la reclamación, queja o consulta, el DCMR procederá a su tramitación. El DCMR remitirá a la entidad de crédito la reclamación concediéndole un plazo de quince días para que conteste, presentando las alegaciones y documentación oportuna. A continuación, se iniciará la fase de investigación, analizando los hechos alegados y la documentación justificativa para formarse un juicio razonable para elaborar las propuestas de resolución. El DCMR tiene la facultad de solicitar cualquier otra documentación que consideren necesaria, documentación que remitirá el Servicio de Atención al Cliente o el Defensor del Cliente. Si en el plazo de quince días hábiles para las reclamaciones o diez días hábiles para las quejas, no contesten, se tendrá por incumplido a los efectos de continuar la tramitación del expediente.

Para que se cumpla el principio de contradicción es necesario que ambas partes tengan acceso al expediente, sobre todo a las actuaciones incorporadas, por ello se reenvía copia de toda la documentación y alegaciones, para que el cliente en el plazo de quince días hábiles presente las alegaciones oportunas. Posteriormente se emitirá el informe, por escrito y motivado, que tendrá carácter de recomendación. Y nuevamente tenemos el problema de que el informe emitido no es vinculante, siendo tan solo como una recomendación, y el cliente tiene que acudir a los tribunales, siendo una pérdida de tiempo acudir a estos procedimientos.

Y por último tendríamos la vía judicial, a la que podemos acudir sin la necesidad de agotar los demás mecanismos.

BIBLIOGRAFIA

- BAHILLO MARCOS, M.E., GALAS PUPARELLI, M.C. y PÉREZ BRAVO, M.C., *Productos y Servicios Financieros y de Seguros*, edit. Paraninfo, Madrid, 2009.
- BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CORTÉS, L.J.; *El Contrato Bancario. Tiempos Revueltos*, edit. Aranzadi, Navarra, 2012. Autores participantes en la dicha obra: URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; BAÑULS GÓMEZ, A.; ÁLVAREZ OLALLA, M.P.; GONZÁLEZ CASTILLA, F.; TÁSIES BELETA, R.; CANLE, J.I.; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.; DE LA IGLESIA PRADOS, E.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.; PÉREZ CONESA, C.; BALLUGERA GÓMEZ, C.
- CORTÉS, L.J.; SALA ANDRÉS, A.; *Lecciones de contratos y mercados financieros*, edit. Civitas, Madrid, 2004.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J y DÍAZ MORENO, A., *Derecho Mercantil*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MARÍN CASTÁN, F., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍN LÓPEZ, M.J.; *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, edit. Aranzadi, Navarra, 2011. Autores participantes en la dicha obra: ÁLVAREZ LATA, N.; ÁLVAREZ OLALLA, P.; ARROYO AMAYUELAS, E.; BUSTO LAGO, J.M.; DÍEZ GARCÍA, H.; GARCÍA VICENTE, J.R., HEREDIA CERVANTES, I.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; MARCOS FRANCISCO, D.; NIETO CAROL, U.; PEÑA LÓPEZ, F., PETIT LAVALL, M.V.; QUICIOS MOLINA, S.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.P.; SERRANO DE NICOLÁS, A.
- MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; *Instituciones de Derecho Mercantil*, edit. Aranzadi, Navarra, 2015.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- ZUNZUNEGUI, F.; *Derecho del mercado financiero*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2005.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Sentencias

1.1. Tribunal Supremo

- STS, de 11 de octubre de 1918.
- STS, de 22 de noviembre de 1984 (RJ/1984/4910).
- STS, sala primera, de lo Civil, núm. 677/1996, de 22 de mayo de 2001 (RJ/2001/6466).
- STS, de 23 de febrero de 1998 (RJ/1996/1593).
- STS, de 22 de mayo de 2001 (RJ/2001/6466).
- STS, de 27 de junio de 2001, núm. 659/2001 (RJ 2001/4978).
- STS, de 3 de junio de 2003 (RJ/2013/3617).
- STS, de 24 de diciembre de 2003 (RJ/2004/139).
- STS, de 6 de junio de 2006 (RJ/2006/8176).
- STS, de 9 de mayo de 2013 (RJ/2013/3088).
- STS, de 16 de octubre de 2018 (RJ/2018/1505).

1.2. Tribunal Constitucional

- STC, de 5 de octubre de 1992, núm. 135/1992.

1.3. Audiencia Provincial.

- SAP Madrid, Sección 12ª, núm. 506/2011, de 30 de junio de 2011 (RJ/2011/347818).