

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Área de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

**CONFLICTOS BANCARIOS: SU TUTELA
EXTRAJURISDICCIONAL**

Presentada por:

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

Dirigida por:

Dra. Dra. h.c. SILVIA BARONA VILAR

Catedrática de Derecho Procesal

Valencia, 2014

ÍNDICE SISTEMÁTICO

INTRODUCTION.....	1
I. BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE STUDY	1
II. RESEARCH METHODOLOGY	5
III. RESEARCH STRUCTURE.....	8
CAPÍTULO PRIMERO. LA CONTRATACIÓN BANCARIA. EL CONFLICTO BANCARIO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO	11
I. EL DERECHO BANCARIO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	11
II. LA CONTRATACIÓN BANCARIA	14
1. El contrato bancario	15
1.1. Concepto de contrato bancario.....	16
1.2. El contrato bancario como contrato de adhesión	17
2. Clasificación de las operaciones o contratos bancarios	25
2.1. Contratos bancarios según el tipo de clientela	26
2.2. Contratos bancarios según su objeto.....	27
2.2.1. Operaciones pasivas	27
2.2.2. Operaciones activas.....	30
2.2.3. Operaciones neutras	31
III. LA ACTIVIDAD BANCARIA.....	32
1. Marco normativo.....	37
2. Título competencial	38
2.1. Competencia de la Administración Pública	39
2.2. Competencia normativa del Banco de España.....	45
3. Regulación legal.....	53
3.1. La regulación europea de la actividad bancaria	54
3.2. La regulación española de la actividad bancaria: la LOSS ..	56

4. Regulación administrativa y reglamentaria	64
IV. ÁMBITO SUBJETIVO: LAS PARTES DEL CONTRATO.....	67
1. Entidad de crédito	67
1.1. Autorización administrativa previa.....	73
1.2. Bancos.....	76
1.3. Cajas de Ahorros.....	79
1.4. Cooperativas de crédito	82
1.5. Instituto de Crédito Oficial	84
2. Cliente bancario	86
2.1. Noción de consumidor	87
2.2. Noción de cliente bancario	95
V. RELACIONES JURÍDICAS «ENTIDAD DE CRÉDITO- CLIENTE BANCARIO»	97
VI. EL CONFLICTO BANCARIO.....	104
1. Conflictos derivados de la inclusión de cláusulas abusivas: el ejemplo de la «cláusula suelo»	107
2. Conflictos derivados de la crisis hipotecaria: los lanzamientos y ejecuciones hipotecarias	119
3. Conflictos derivados de la falta de información completa y suficiente: el caso de los denominados «Payment Protection Insurance»	131
4. Conflicto derivado del mal asesoramiento financiero: el caso del «Commonwealth Financial Planning failure»	139
CAPÍTULO SEGUNDO. PROTECCIÓN DEL USUARIO BANCARIO: TUTELA EXTRAJURISDICCIONAL	149
I. LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DEL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS.....	150
1. El marco normativo general de protección del consumidor. Referencia a la revisión del acervo comunitario en materia de consumo	155
1.1. La necesidad de proteger al consumidor.....	155

Índice Sistemático

1.2. La revisión del acervo comunitario en materia de consumo	160
1.3. Las normas recientes.....	169
2. Necesidad de proteger al usuario de servicios financieros. Regulación aplicable.....	174
II. VÍAS DE TUTELA EN EL MARCO DEL CONTRATO BANCARIO.....	178
1. Vías de tutela judicial.....	179
2. Vías de tutela extrajudicial: las ADR.....	186
2.1. Noción y origen de las técnicas «ADR»	187
2.2. Las ADR: su interpretación	195
2.3. El Acceso a la Justicia como derecho y como movimiento	197
2.4. Las ADR en materia de consumo: su impulso desde instancias supranacionales	203
2.5. Tipología de las ADR	211
2.5.1. Métodos autocompositivos	212
i. Negociación.....	213
ii. Conciliación	216
iii. Mediación.....	218
iv. Intermediación hipotecaria (una mediación sui generis).....	223
a) Concepto de intermediación hipotecaria	228
b) Finalidad y ventajas de la intermediación hipotecaria	230
c) Categoría sui generis: diferencias con la mediación y la negociación asistida.....	231
d) Procedimiento de intermediación hipotecaria ...	233
2.5.2. Métodos heterocompositivos	239
i. Arbitraje. Referencia al arbitraje en el caso de las “participaciones preferentes”.	240
ii. El arbitraje de consumo.....	251

iii. Un arbitraje especializado: el arbitraje bancario y financiero	254
iv. El arbitraje de las «participaciones preferentes» ...	259
a) Las participaciones preferentes: concepto y características	265
b) Procedimiento arbitral	271
2.5.3. Otros métodos	277
i. Settlement conferences	278
ii. Early Neutral Evaluation.....	279
iii. Neutral Fact-Finding.....	279
iv. Med-Arb.....	280
v. Mini-Trial.....	282
vi. Summary Jury Trial	284
vii. Ombudsman	285
2.5.4. Aplicación de estas técnicas a la (re)olución del conflicto bancario.....	287

CAPÍTULO TERCERO. LA FIGURA DEL OMBUDSMAN BANCARIO **289**

I. LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN: ORIGEN Y FINALIDAD	290
II. EVOLUCIÓN HACIA SECTORES MÁS ESPECÍFICOS. CREACIÓN DEL <i>FINANCIAL OMBUDSMAN</i>	298
III. CUESTIONES COMUNES A TODAS LAS INSTANCIAS ...	310
1. Quién puede reclamar	310
2. Contra quién se puede reclamar	316
3. Qué instrumentos se pueden presentar: reclamación, queja y consulta	317
3.1. Nociones de reclamación, queja y consulta	317
3.2. Actividad desarrollada por estas Instituciones	319
3.3. Consideraciones a la percepción de estos instrumentos ...	335
4. ¿En qué se fundamentan las decisiones?	336

Índice Sistemático

4.1. Códigos de Conducta	338
4.2. Códigos de Buenas Prácticas	343
4.3. Decisiones previas del propio organismo extrajudicial decisor	352
IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.....	353
1. Principios generales	354
1.1. Principio de independencia	357
1.2. Principio de transparencia.....	361
1.3. Principio de contradicción	369
1.4. Principio de eficacia.....	370
1.5. Principio de legalidad	372
1.6. Principio de libertad.....	373
1.7. Principio de representación.....	373
1.8. ¿Principio de confidencialidad?.....	374
2. Principios específicos.....	376
2.1. Principio de accesibilidad	378
2.2. Principio de igualdad y equilibrio en la defensa.....	381
2.3. Conocimientos especializados	382
V. LIMITACIÓN GEOGRÁFICA DE SU ACTUACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA RED FIN-NET.....	384
1. FinCoNet.....	391
2. Red ECC-NET	395
3. Red FIN-NET.....	397
CAPÍTULO CUARTO. EL OMBUDSMAN BANCARIO: ESTRUCTURA Y PROCEDIMIENTO	403
I. LA AUTORREGULACIÓN ¿ESTAMOS ANTE UN MECANISMO DE AUTOCONTROL?	405
II. SISTEMAS IDR (INTERNAL DISPUTE RESOLUTION).....	415
1. Servicio de Atención al Cliente	415

2. Régimen de competencia	417
3. La cuestión de la independencia	419
4. Naturaleza como órgano de primera instancia.....	422
5. Procedimiento	423
5.1. Requisito tácito previo: negociación en la sucursal.....	424
5.2. Presentación de las quejas y reclamaciones.....	425
5.2.1. Requisitos de forma	426
5.2.2. Requisitos de fondo.....	428
5.2.3. Requisito temporal	429
5.3. Admisión a trámite de las quejas y reclamaciones	430
5.4. Tramitación de las quejas y reclamaciones	433
5.5. Cálculo de la compensación económica: el llamado «D & I»	434
5.6. Finalización del procedimiento: emisión de la decisión...	439
5.6.1. Requisitos de forma	439
5.6.2. Requisitos de fondo.....	440
5.6.3. Plazo para emitir la decisión	442
5.6.4. Naturaleza jurídica de la decisión ¿fuerza vinculante?	445
6. Influencia de los medios de comunicación. Aplicación de un «procedimiento abreviado».....	447
7. La “empatía” del Servicio de Atención al Cliente, estrategia de calidad.....	450
III. SISTEMAS EDR (EXTERNAL DISPUTE RESOLUTION) ...	452
1. EDR en sentido estricto: Defensor del Cliente	453
1.1. Órgano potestativo para las entidades de crédito	454
1.2. Carácter subsidiario al Servicio de Atención al Cliente ¿posible conflicto competencial?.....	456
1.3. Régimen de competencia.....	459
1.4. La cuestión de la independencia	463

Índice Sistemático

1.5. Procedimiento	466
1.6. Finalización del procedimiento: emisión de la decisión	468
1.6.1. Requisitos de forma.....	468
1.6.2. Requisitos de fondo.....	469
1.6.3. Naturaleza jurídica de la decisión ¿fuerza vinculante?	470
2. EDR en sentido propio: el Ombudsman	474
2.1. Estructura del Ombudsman.....	476
2.1.1. ADR financiero enmarcado en el órgano regulador: sistema español.....	476
2.1.2. Ombudsman independiente y único: sistema anglosajón	479
2.2. La cuestión de la independencia	481
2.3. Naturaleza como órgano de segunda instancia	485
2.4. Plazo (de caducidad) de la reclamación.....	487
2.5. Procedimiento del DCMR.....	488
2.5.1. Régimen de competencia	490
2.5.2. Presentación de las quejas y reclamaciones	493
i. Requisitos de forma.....	494
ii. Requisitos de fondo.....	495
iii. Presentación colectiva de quejas o reclamaciones .	497
iv. Efectos jurídicos de la presentación de la queja o reclamación	498
2.5.3. Admisión a trámite de las quejas y reclamaciones.	500
2.5.4. Tramitación del expediente	502
i. Acumulación de expedientes.....	503
ii. Desarrollo de la tramitación	505
2.5.5. Finalización del procedimiento: emisión del informe	507
i. Requisitos de forma.....	508

ii. Requisitos de fondo.....	508
iii. Plazo para emitir la Recomendación.....	511
2.6. Procedimiento en el FOS	513
2.6.1. Régimen de competencias.....	515
2.6.2. Financiación	518
2.6.3. FOS(UK): One-stage complaint-handling process	522
2.6.4. FOS(AU): «Collaborative approach»	523
2.6.5. Primer «stage»: «Adjudicator» vs. «Case managers»	528
i. Presentación de la reclamación	530
ii. Tramitación	533
iii. «Provisional view».....	535
iv. «Final view».....	536
2.6.6. Segundo «stage»: Ombudsman.....	539
i. Celebración de «hearings»	540
ii. «Determination»	541
2.6.7. «Awards by the Ombudsman».....	543
2.6.8. Plazo de emisión de la decisión	545
3. Naturaleza jurídica de la decisión final: ¿fuerza vinculante? ...	548
3.1. Sistema jurídico español: carácter de recomendación	548
3.2. Sistemas anglosajones: informe vinculante para la entidad bancaria.....	554
4. ¿Posibilidad de revisión del procedimiento por defecto de forma?	556
IV. OTROS MODOS DE TERMINACIÓN.....	560
1. Allanamiento.....	561
2. Desistimiento	562
3. La expiración del plazo de emisión de la decisión	564
4. Vías especiales de terminación en el sistema australiano: la mediación y la conciliación	566

V. DEFINICIÓN DEL TIPO DE ADR FINANCIERO	569
1. Diferencias con medios autocompositivos: mediación y conciliación	570
2. Diferencias con medios heterocompositivos: arbitraje	571
3. Categoría propia de ADR.....	572
FINDINGS AND PROPOSALS.....	575
I. FINDINGS	575
II. PROPOSALS <i>DE LEGE FERENDA</i>	579
BIBLIOGRAFÍA.....	587
I. MONOGRAFÍAS.....	587
II. CAPÍTULOS DE LIBRO.....	600
III. ARTÍCULOS DE REVISTAS	619
PÁGINAS WEB DE REFERENCIA	655
JURISPRUDENCIA	659
I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	659
II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	659
III. TRIBUNAL SUPREMO.....	662
IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES.....	662

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION.....	1
I. BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE RESEARCH.....	1
II. RESEARCH METHODOLOGY	5
III. RESEARCH STRUCTURE.....	8
CHAPTER ONE. THE BANKING CONTRACT. BANKING CONFLICTS IN CONSUMER RELATIONS	11
I. BANKING LAW: CONCEPT AND LEGAL NATURE	11
II. BANKING CONTRACTS.....	14
1. Banking Contract	15
1.1. Concept of Banking Contract.....	16
1.2. The banking contract as a standard-form contract.....	17
2. Classification of banking transactions	25
2.1. Banking contracts according to the type of customer.....	26
2.2. Banking contracts according to the subject	27
2.2.1. Asset transactions.....	27
2.2.2. Liability transactions.....	30
2.2.3. Service transactions.....	31
III. BANKING ACTIVITY.....	32
1. Regulatory framework	37
2. Regulatory powers	38
2.1. Competence of the Public Administration.....	39
2.2. Legislative competence of the Banco de España.....	45
3. Legal regulation	53
3.1. European regulation of the banking activity.....	54
3.2. Spanish regulation of the banking activity: LOSS.....	56
4. Legal and regulatory provisions.....	64
IV. SUBJECTIVE SCOPE: CONTRACTUAL PARTIES	67

1. Financial Services Provider	67
1.1. Prior administrative approval	73
1.2. Banks	76
1.3. Saving Banks	79
1.4. Credit Unions.....	82
1.5. Official Credit Institute.....	84
2. Banking customer	86
2.1. Conception of consumer	87
2.2. Conception of bank customer	95
V. BANKER-CUSTOMER RELATIONSHIPS	97
VI. BANKING CONFLICTS.....	104
1. Conflicts arising from the inclusion of unfair contract terms: the «floor-clause» case	107
2. Conflicts arising from the mortgage crisis: removals judicial releases mortgage foreclosures	119
3. Conflicts arising from the lack of comprehensive information about the products: the so-called «Payment Protection Insurance» case	131
4. Conflicts arising from the poor financial advice: «Commonwealth Financial Planning failure» case	139
CHAPTER TWO.BANK CUSTOMER PROTECTION: EXTRAJUDICIAL PROTECTION	149
I. THE IMPORTANCE OF CONSUMER PROTECTION. SPECIAL REFERENCE TO THE FINANCIAL SERVICE USER PROTECTION.....	150
1. General legal framework of consumer protection. Reference to the review of the consumer acquis.....	155
1.1. The need to protect the consumer	155
1.2. The review of the consumer acquis	160
1.3. The most recent rules.....	169
2. The need to protect the financial service user. Applicable law.	174

Table of Contents

II. MEANS OF ENFORCING CONSUMER RIGHTS WITHIN THE BANKING CONTRACTS.....	178
1. Means of legal protection.....	179
2. Means of extrajudicial protection	186
2.1. Notion and origin of the «ADR» mechanisms.....	187
2.2. ADR: interpretation	195
2.3. The right and movement to Access to Justice.....	197
2.4. ADR in the consumer sector: impulse from supranational Bodies	203
2.5. Classification of ADR.....	211
2.5.1. Auto-compositive method.....	212
i. Negotiation.....	213
ii. Conciliation.....	216
iii. Mediation	218
iv. Mortgage Brokering Procedure (<i>sui generis</i> mediation)	223
a) Concept of the Mortgage Brokering Procedure	228
b) Aims and advantages of the Mortgage Brokering Procedure.....	230
c) <i>Sui generis</i> category: differences from the mediation and assisted negotiation.....	231
d) Procedure.....	233
2.5.2. Hetero-compositive method.....	239
i. Arbitration. Reference to the «preferred participations» arbitration	240
ii. Consumer arbitration.....	251
iii. A specialized arbitration: Banking and Financial Arbitration.....	254
iv. «Preferred participations» arbitration	259
a) «Preferred participations»: concept and features	265

b) Arbitral proceeding	271
2.5.3. Other ADR techniques	277
i. Settlement conferences	278
ii. Early Neutral Evaluation.....	279
iii. Neutral Fact-Finding	279
iv. Med-Arb.....	280
v. Mini-Trial.....	282
vi. Summary Jury Trial	284
vii. Ombudsman	285
2.5.4. Application of these techniques in solving bank conflicts.....	287

CHAPTER THREE. BANKING OMBUDSMAN INSTITUTION. 289

I. OMBUDSMAN INSTITUTION: ORIGIN AND AIMS.....	290
II. EVOLUTION TOWARDS SPECIAL SECTORS. FINANCIAL OMBUDSMAN CREATION	298
III. COMMON FEATURES	310
1. Who can complain?	310
2. Against whom a customer can lodge a complaint?.....	316
3. Which legal instruments a customer can lodge: complaint, claim and enquiry	317
3.1. Conceptions of complaint, claim and enquiry	317
3.2. Activity carried out	319
3.3. Considerations to these legal instruments perception.....	335
4. What are the decisions are based on?	336
4.1. Industry Codes	338
4.2. Codes of Good Banking Practices	343
4.3. Previous relevant decisions.....	352
IV. PRINCIPLES APPLICABLE TO THE OUT-OF-COURT SETTLEMENT	353
1. General principles	354

Table of Contents

1.1. Principle of independence.....	357
1.2. Principle of transparency	361
1.3. Adversarial principle.....	369
1.4. Principle of effectiveness	370
1.5. Principle of legality	372
1.6. Principle of liberty	373
1.7. Principle of representation	373
1.8. Principle of confidentiality?.....	374
2. Specific principles.....	376
2.1. Principle of accessibility	378
2.2. Principle of equity.....	381
2.3. Specialized knowledge.....	382
V. GEOGRAPHICAL SCOPE RESTRICTION. SPECIAL REFERENCE TO FIN-NET	384
1. FinCoNet.....	391
2. Red ECC-NET	395
3. Red FIN-NET.....	397
CHAPTER FOUR. BANKING OMBUDSMAN SCHEME	403
I. SELF-REGULATION. A SELF-CONTROL MECHANISM?..	405
II. IDR (INTERNAL DISPUTE RESOLUTION) SCHEMES	415
1. Customer Care Department.....	415
2. Jurisdiction	417
3. The question of the independence.....	419
4. Nature as a body of first instance.....	422
5. Proceeding.....	423
5.1. Implied prerequisite: negotiation within the branch	424
5.2. Lodging of disputes.....	425
5.2.1. Formal requirements	426
5.2.2. Substantive requirements	428

5.2.3. Time limits	429
5.3. Admissibility of the disputes	430
5.4. Complaints processing.....	433
5.5. Money awards calculation: the so-called «D & I»	434
5.6. The closure of the proceeding: the issuance of the decision	439
5.6.1. Formal requirements	439
5.6.2. Substantive requirements	440
5.6.3. Time limits to make the assessment.....	442
5.6.4. Decision legal nature. Binding effects?	445
6. Influence of the Media. The «summary proceeding»	447
7. Customer Care Department «sympathy», a quality strategy	450
III. EDR (EXTERNAL DISPUTE RESOLUTION) SCHEMES	452
1. EDR <i>estricto sensu</i> : Bank's Ombudsman.....	453
1.1. Facultative Body	454
1.2. Subsidiary character to the Customer Care Department. Jurisdictional conflict?.....	456
1.3. Jurisdiction.....	459
1.4. The question of the independence	463
1.5. Proceeding	466
1.6. The closure of the proceeding: the issuance of the decision	468
1.6.1. Formal requirements	468
1.6.2. Substantive requirements	469
1.6.3. Decision legal nature. Binding force?.....	470
2. EDR in the proper sense: the Ombudsman scheme	474
2.1. Structure of the Ombudsman scheme	476
2.1.1. Financial ADR within the Regulatory Authority: the Spanish system.....	476

Table of Contents

2.1.2. Independent and single Ombudsman: Anglo-Saxon systems	479
2.2. The question of the independence.....	481
2.3. Nature as a second instance Body.....	485
2.4. Time limits to lodge a dispute.....	487
2.5. Proceeding of the DCMR.....	488
2.5.1. Jurisdiction	490
2.5.2. Lodging of disputes.....	493
i. Formal requirements	494
ii. Substantive requirements	495
iii. Collective lodging of disputes.....	497
iv. Legal effects derived from the lodging of the dispute	498
2.5.3. Admissibility of the disputes.....	500
2.5.4. Complains processing	502
i. Joinder of disputes	503
ii. Process developments	505
2.5.5. The closure of the proceeding: the issuance of the decision	507
i. Formal requirements	508
ii. Substantive requirements	508
iii. Time limits to make the assessment.....	511
2.6. Proceeding of the FOS	513
2.6.1. Jurisdiction	515
2.6.2. Fees	518
2.6.3. FOS(UK): One-stage complaint-handling process	522
2.6.4. FOS(AU): «Collaborative approach»	523
2.6.5. Primer «stage»: «Adjudicator» vs. «Case managers»	528
i. Presentación de la reclamación	530

ii.	Tramitación	533
iii.	«Provisional view».....	535
iv.	«Final view».....	536
2.6.6.	Second «stage»: Ombudsman	539
i.	«Hearings»	540
ii.	«Determination»	541
2.6.7.	«Awards by the Ombudsman».....	543
2.6.8.	Time limits to make the assessment.....	545
3.	Decision legal nature. Binding effects?	548
3.1.	Spanish system: Recommendation	548
3.2.	Anglo-Saxon systems: binding upon Financial Services Providers	554
4.	Review request on procedural grounds.....	556
IV.	OTHER TYPES OF TERMINATION	560
1.	Acceptance of claim.....	561
2.	Abandonment.....	562
3.	Expiry of the deadline	564
4.	Special types of termination in the Australian system: mediation and conciliation.....	566
V.	DEFINITION OF THE FINANCIAL ADR	569
1.	Differences from auto-compositive methods: mediation and conciliation.....	570
2.	Differences from to hetero-compositive methods: arbitration..	571
3.	New category	572
	FINDINGS AND PROPOSALS	575
I.	FINDINGS	575
II.	PROPOSALS <i>DE LEGE FERENDA</i>	579
	BIBLIOGRAPHY	587
I.	MONOGRAPHS.....	587

Table of Contents

II. BOOK CHAPTERS	600
III. ARTICLES	619
REFERENCE WEBSITES	655
JURISPRUDENCE	659
I. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.....	659
II. CONSTITUTIONAL COURT	659
III. SUPREME COURT	662
IV. PROVINCIAL COURTS	662

ÍNDICE DE TABLAS

Gráfica 1: Actividad del DCMR para el periodo 2007-2012.....	328
Gráfica 2: Actividad del FOS(UK) para el periodo 2007-2013.....	329
Gráfica 3: Actividad del FOS(AU) para el periodo 2007-2013.....	329
Gráfica 4: Comparativa de la evolución de la actividad del DCMR, FOS(UK) y FOS(AU).	331
Gráfica 5: Evolución conjunta de la actividad desarrollada por el DCMR, el FOS(UK) y el FOS(AU)	333
Gráfica 6: Peso relativo de cada organismo ante el número total de recursos para el período 2012-2013.	334
Gráfica 7: Número de expedientes finalizados con acuerdo.....	568
Gráfica 8: Representación de la finalización de los expedientes por acuerdo	568
Gráfica 9: Representación de la finalización de los expedientes por acuerdo, desglosada por categorías	569

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
ABA	Australian Bankers Association
AC	Base de Datos de jurisprudencia Aranzadi (Audiencias)
ACCC	Australian Competition and Consumer Commission
ACL	Australian Consumer Law
ADI	Authorised deposit-taking institution
AEADE	Asociación Europea de Arbitraje
AP	Audiencia Provincial
APRA	Australian Prudential Regulation Authority
ASIC	Australian Securities and Investment Commission
AU	Australia
B.D.	Base de Datos
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BOE	Boletín Oficial del Estado
C. de C.	Código de Comercio
C.C.	Código Civil
CAV	Consumer Affairs Victoria
CBA	Commonwealth Bank of Australia
CC.AA.	Comunidades Autónomas

CCA	Competition and Consumer Act 2010
CEE	Comunidad Europea
CFP	Commonwealth Financial Planning Limited
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
COM	Documento de la Comisión Europea
Coord.	Coordinado
DA	Disposición Adicional
DCFR	Draft Common of Reference
DCMR	Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones
DF	Disposición Final
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
dir.	Dirigido
DISP rules	DISP: Dispute Resolution: Complaints
DOC	Diario Oficial de la Unión Europea, serie “Comunicaciones e informaciones”
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOL	Diario Oficial de la Unión Europea, serie “Legislación”
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ed.	Editado
EEC-NET	European Consumer Centres Network

Abreviaturas

EEJ-NET	European Extra-Judicial Network
EFT Code	Electronic Funds Transfer Code of Conduct
EM	Exposición de Motivos
etc.	Etcétera
F.J.	Fundamento Jurídico
FCA	Financial Conduct Authority
FD	Fundamento de Derecho
FinCoNet	International Financial Consumer Protection Organisation
FIN-NET	Financial Dispute Resolution Network
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
FOS	Financial Ombudsman Service
FSA	Financial Services Authority
FSI	Financial System Inquiry
FSMA	Financial Services and Markets Act
FSP	Financial Services Providers
FWL	Financial Wisdom Limited
ICOBS	Insurance Conduct of Business Source
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LABE	Ley de Autonomía del Banco de España
LCC	Ley de Contratos de Crédito al Consumo

LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LDIEC	Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley de Economía Sostenible
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LOSS	Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MCR	Marco Común de Referencia
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
n° / núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
<i>op. cit.</i>	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
PPI	Payment Protection Insurance
PRA	Prudential Regulation Authority
PRIN	Principles of Businesses
RBA	Reserve Bank of Australia

Abreviaturas

RD	Real Decreto Legislativo
RDAC	Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo
RJ	Base de Datos de jurisprudencia Aranzadi (Tribunal Supremo)
SAC	Sistema Arbitral de Consumo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
Sec.	Sección
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SRBE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
ss.	Siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TOR	Terms of Reference

TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UE	Unión Europea
UK	United Kingdom
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations
vol.	Volumen
VPO	Viviendas de Protección Oficial

INTRODUCTION

This Dissertation is a comprehensive study of the workings and effectiveness of the Financial Ombudsman schemes as a redress mechanism used to defend consumers by solving banking disputes, made from both a critical and a comparative viewpoint between the Spanish, the English and the Australian systems. On the following pages we outline the background and the aims of this Study and we state the research methodology and structure followed to prepare and write this dissertation.

I. BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE STUDY

Since the outbreak of the crisis in 2007 customers have had to deal with some of the most important conflicts arisen from the consumer banking contracts of recent times. Indeed, Banking is not infallible, quite the contrary, there are weaknesses whose negative consequences fall heavily on the customers' economic status. In fact, Financial Services Providers hold all the power, abusing it in many cases in order to achieve higher profitability, especially taking into account that banking contracts are drawn up as standard-terms contracts.

Most of the current disputes are consequence of, among other reasons, the inequality of forces between the parts contenders and the asymmetry of information. Particularly, conflicts are consequence of the lack of information provided to the consumers about both the product features and the rights and obligations arising from the contract, as well as the inclusion of unfair terms in the contracts as they are standard-terms

contracts. A good example of dispute is the Payment Protection Insurance conflict in the United Kingdom, which has caused significant losses to the budgets, not only the customers, but also those of the financial services providers, as a consequence of the monetary awards to compensate for the damages caused by the incorrect application of the legal and regulatory standards. Furthermore, Financial Planning failures –the last case took place in Australia– are disputes caused both by a bad banking policy and the lack of information about the high-risk products the banks are selling to their customers. Moreover, the most serious problem faced by the customers is the inclusion of the so-called “floor clause” in mortgages, which consists on an interest rate floor clause that imposes a limit on the extent to which consumers can benefit from lower borrowing costs, by the Spanish credit entities. This problem is also related to the massive evictions within the mortgage crisis –made worse by the economic and unemployment crisis– based on the enforceable titles with unfair terms. In this regard, the Court of Justice of the European Union, in a Judgment in response to a preliminary ruling in 2013, decided the Spanish foreclosure proceeding regulation contradicted the European Union legislation. This is why the Spanish legislator modified the Mortgage Law to incorporate the Tribunal conclusions by adding the existence of unfair contract terms as an opposition cause to the foreclosure process.

No matter the cause, where the customer suffers an infringement of his/her own personal rights by the financial service provider, it should be provided a remedy for any damage occasioned by such infringement, following the maxim *ubi ius ibi remedium*, which means that “wherever there is a right, there is a remedy”.

Introduction

This dissertation seeks to answer the question of what are the best processes to ensure such remedy. This question, however, is not adequately addressed in the growing number of legislative and regulatory responses to demands for consumer protection. In fact, even if these measures aim to balance the relationship between the banker and its customers, they fail to address social problems and enhance effective consumer protection mechanisms. In addition, the growing complexity of banking contracts and products has multiplied the number of cases sued before the courts, rendering it inadequate and ineffective for current customer needs and circumstances. In this sense, means of settling disputes outside of the courtroom have grown in importance as they are based on rationality and sense of fairness. These out-of-court dispute resolution mechanisms fall within the “Alternative Dispute Resolution” concept, known by the acronym ADR, born in the Anglo-Saxon legal systems throughout the 20th Century.

Nowadays, there is a wide range of efficient mechanisms commonly employed to settle disputes out-of-court, which vary from the facilitative ADR such as mediation or conciliation to adjudicative ADR such as arbitration. All of them offer greater advantages as compared to traditional justice. However, the specificity and complexity of the current problems have led to the development, or even the creation of new ADR techniques. In this sense, the more recent response to the main banking disputes worldwide are the industry-based consumer dispute resolution schemes, the so-called Financial Ombudsman Service and, particularly for Spain, the new and still unregulated mortgage brokering mediation procedure.

Furthermore, Banking conflicts are common wherever a banking system operates and, in that sense, not exclusive from Spain. This is the

reason why a Comparative Law study between continental legal systems and common law systems is made in order to describe in detail their procedures as well as to identify the failures and weaknesses in the Spanish system and make some proposals for its improvement. In particular, the comparative is focused on Spain, the United Kingdom and Australia.

The so-called Mortgage brokering procedure is the newest means created to protect and guarantee the balance between financial services providers and customers in case of financial difficulties disputes where customers are unable to meet their repayments under a mortgages credit facility; in other words, to improve the mortgagors' poor situation caused by the economic crisis, especially for those undergoing foreclosure proceedings. This dispute settlement mechanisms has become a reference to solve any dispute arise from a mortgage contract. Nevertheless, this means is exclusive for Spain, not having equivalent in the Anglo-Saxon systems, and being a procedure to solve a current problem in an effective way. Accordingly, this Thesis focuses only on the Financial Ombudsman Services in Spain, United Kingdom and Australia that are currently used to solve the major part of the banking complaints as well as a guarantee of the right of effective consumer protection. This decision is taken to provide with a comprehensive, broaden and comparative study and research of an effective alternative dispute resolution scheme used to solve any type of conflicts arisen from the Banker-Customer relationship. However, the mortgage brokering procedure is an interesting and effective mean that will be studied in future works.

The intention with this Dissertation is, therefore, not only to explain and expose the Ombudsman procedure but also to identify the weaknesses

of this scheme in order to develop a model and strategies that could improve this ADR mechanism in terms of effectiveness and usefulness in solving consumer disputes with financial services providers, while keeping the confidentiality and independency of the third-party experts.

II. RESEARCH METHODOLOGY

Methodology is closely related to the field studied, in this dissertation, the alternative dispute resolution in banking contracts conflicts. Therefore, we follow a legal methodology where we must gather and analyse the literature, the legislation and regulation, the jurisprudence and other factual information, all of them in a joint manner, to broaden the perspective beyond the financial activity and dispute resolution dimensions of research and to regard it as a dimension in its own right, as well as expressing a unique and more realistic view of the current economic situation and the need of an effective redress.

In this regard, the methodology in this research involves a review of the existing literature of the Banking systems, in particular, their functioning in respect of the Banker-Customer relationships where conflicts arise. Moreover, it is followed by a Comparative Law perspective between the continental legal system and the common law systems, limiting the study on the Spanish, English and Australian banking and legal systems. Also, this comparative law study is based on a data collection methodology.

In order to follow these methodologies –deductive method and data collection–, firstly we gather and analyse the legislation concerning the main fields of the research both at European Union level –Directives,

Regulations and Recommendations— and at domestic level for each legal system analysed. In particular, we analyse the banking activity and the capacity of the financial service providers to commercialize their products with customers.

The second stage of this research has involved the review of all literature concerning the assessment of the *Ombudsmanship* procedures and, from a general point of view, the types and evaluation of dispute resolution schemes, i.e. the so-called Alternative Dispute Resolutions mechanisms, born in the Anglo-Saxon systems. Unlike the larger body of work in the literature on the field of Alternative Dispute Resolution evaluation, there are still few works on private Ombudsman schemes. Thus, the lack of a comprehensive doctrine and literature about these out-of-court methods used to solve current financial disputes arisen from the Banker-Customer relationship emphasizes the relevance of and the need for this research.

Furthermore, one way of explaining all the contents and the practical impact of the functioning of the Ombudsman scheme in the guarantee of effective remedy before an independent and impartial assessor, is by analysing the Annual Reviews elaborated by these institutions. These reports contain analytical and statistical data regarding the complaints submitted by the customers against the financial services providers and resolved through this proceeding. The reports provide extensive background information about the Ombudsmen fundamental purpose, the nature of their work and the services they provide. This information offers a realistic view on the substance of the disputes and the possible redress according to the circumstances of the case. In this regard, one way of explaining the outcomes of these institutions is to represent the activity

data by graphs, which enables us to better understand the procedure and functioning of these redress mechanisms.

Finally, this Doctoral Thesis and, in particular, the comparative law study, has been prepared thanks to the information gathered in the research stages around Europe and overseas carried out. The first contact with the Ombudsman institution was made at the Swiss Institute of Comparative Law, based in Lausanne (Switzerland), during a three-month research visit in 2012, where it was possible to study both the origin of the Ombudsman institution and the Swiss Banking Ombudsman to complete the study being carried out at the Universitat de València about the Spanish Banking system. Secondly, the six-month research stay in 2013 at the Centre for Commercial Law Studies of Queen Mary, University of London, enables us to complete the study of the original Financial Ombudsman Service, its main features and standards of practice of its complaint-handling process. This research about the Anglo-Saxon Financial Ombudsman Service was extended and strengthened in a three-month stage in 2014 at Flinders University in Adelaide (Australia), with the analysis and study of the Australian banking system and the redress schemes in order to provide a broader view of how banking disputes are solved by this special proceeding. This theoretical and analytical perspective has also been completed with a practical view, provided to some extent by the collaboration and contribution of both the internal dispute scheme – customer care department– of the Santander UK plc –owned by the Spanish Santander Group– and the Banking Ombudsman within the Australian Financial Ombudsman Service.

III. RESEARCH STRUCTURE

This dissertation is divided into five Chapters that reflect the key areas investigated in a logical and sequential progress.

Chapter One offers a general overview by providing background information about the Banking contracts and the conflicts arisen from the contractual Banker-Customer relationships. In particular, Sections One and Two discuss the combination of the regulation of the concept of banking contracts and their classification in order to state the requirements and characteristics of this kind of contracts, on the one hand and the banking activity on the other hand. Sections Three and Four are related to the subjective scope, in other words, to the contractual parties, being the customer the weaker party. The last Section, Section Five, establishes the variety of contractual relationships between the financial service provider and the customer, to identify the conflicts that may arise, detailing some of the most important we have had to deal with since the outbreak of the crisis.

Chapter Two states the transparency and customer protection regulation in the three previously mentioned legal systems analysed and their value to preserve the balance in the Banker-Customer relationships. Moreover, another section stresses the necessity to offer effective legal means of redress and compensation for the abuses committed by the financial services providers within their trade relations with customers. In this regard, the characteristics of the main alternative dispute resolution schemes are identified and detailed in the last section where the specificity of the Mortgage brokering procedure is explained as a *sui generis* category that straddles mediation and assisted negotiation in solving the serious

problem with foreclosure procedures we are experimenting in Spain since a couple of years.

These Chapters, therefore, provide sufficient background information about both the Banking system regulation and the ADR mechanisms to enable the reader to understand the current financial situation and the need to provide customers with effective, accessible and fair out-of-court proceedings to solve their disputes with financial services providers. As there are a wide variety of ADR means, this Research is focused only on the Financial Ombudsman scheme, in order to analyse its main features, as well as any weaknesses that could be improved in terms of effectiveness.

The Ombudsman institution is evaluated in Chapters Three and Four. For the sake of convenience, the discussion about the creation and evolution from the public to the private sector of this figure, the main features and the principles every out-of-court dispute resolution mechanisms must comply with –independence, impartiality, transparency, accessibility, legality, confidentiality and accessibility, among others– as well as, in particular for this financial Ombudsmanship, the legal capacity of the parties to sue and being sued and the legal means to claim against the financial services providers, are treated in Chapter Three while the network structure and the standards of practice of the Ombudsman are analysed in Chapter Four from a Comparative perspective between the Spanish system and the Anglo-Saxon one which also compares between the English and the Australian dispute resolution schemes.

The last Chapter are the summary and conclusions. This Chapter brings the findings and the proposals together, to set up the main points

that have emerged from the Study. This Chapter is divided into two Sections. The first Section looks at the general findings we have reached in the precedent Chapters while the second and last Section refers to the measures we propose to improve the Ombudsman schemes.

CAPÍTULO PRIMERO. LA CONTRATACIÓN BANCARIA. EL CONFLICTO BANCARIO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

La actividad económica y, con ella, la actividad bancaria, han sufrido en los últimos tiempos una importante y progresiva expansión, desempeñando en la actualidad un papel vital para la sociedad al constituir el cauce para la transmisión de los fondos económicos, imprescindibles para el crecimiento y desarrollo de cualquier economía, incluyendo por supuesto las economías domésticas y familiares.

Pero como en todos los ámbitos de la sociedad, en las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes también surgen numerosos conflictos, cuyas causas y características comunes trataremos de identificar, aunque, en sentido amplio, muchos de los problemas vienen causados por su naturaleza atípica y la inclusión de cláusulas abusivas que causan serios perjuicios al consumidor.

Por ello, en este Capítulo se pretende sentar las bases generales del Derecho Bancario y, especialmente, de la contratación bancaria, recientemente adaptada a la evolución internacional del propio sistema bancario, con la finalidad de comprender el marco en el que se celebran los diversos contratos bancarios y los problemas que en ellos se suscitan.

I. EL DERECHO BANCARIO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Vivimos en una realidad social y económica cambiante y cada vez más compleja y sofisticada que hace que surjan nuevas entidades, instituciones y organismos de supervisión, así como nuevos productos y

servicios que cubran las necesidades de los clientes –empresarios y particulares–¹. Este escenario exige la elaboración de un marco regulador que garantice la estabilidad y la eficiencia del funcionamiento del mercado financiero al mismo tiempo que establezca mecanismos de protección de los agentes económicos implicados, en especial de los clientes. Así las cosas, el Derecho Bancario, entendido como el conjunto de normas que regulan la actividad de las entidades de crédito², esto es, de los intermediarios y las operaciones del mercado bancario, es un derecho dinámico, que comprende una doble dimensión³. Por un lado, la dimensión institucional, integrada por las normas jurídico-administrativas que disciplinan la estructura y organización de los intermediarios financieros. Y, por otro lado, la dimensión funcional u operativa, compuesta por las normas jurídico-privadas que regulan la propia actividad bancaria, incluyendo las operaciones celebradas con los consumidores.

Por tanto, el Derecho Bancario regula los aspectos propios de la actividad bancaria, pero además fija el régimen de las relaciones administrativas donde queda incluida la actividad de supervisión bancaria y las relaciones de negocio privadas entabladas con los clientes. En este sentido, encontramos acertada –y completa– la definición de Derecho Bancario ofrecida por GARCÍA-PITA Y LASTRES, entendiéndose como

¹ A favor, HERNÁNDEZ GIL, A., “Prólogo”, en AA.VV., *Derecho bancario y bursátil*, dir. por ZUNZUNEGUI PASTOR, F., Colex, Madrid, 2012, p. 23.

² GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 1 y TAPIA HERMIDA, A. J., "Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho público bancario español", en AA.VV., *Estudios de Derecho público bancario*, dir. por MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., CEURA, Madrid, 1987, p. 37.

³ TAPIA HERMIDA, A. J., *Derecho Bancario*, Cálamo, Barcelona, 2003, p. 17.

aquella “parte del Derecho objetivo constituida por las normas públicas y privadas que, de forma específica y en orden a la protección de los depositantes y la eficiencia del sistema bancario, dentro del Sistema financiero, se refieren a la constitución, la organización y el ejercicio de la empresa de intermediación crediticia y monetaria, y de sus actividades financieras accesorias; a sus relaciones con las autoridades de control sectorial, así como a los contratos o negocios jurídicos, en que, precisamente, se materializa esa actividad empresarial financiera”⁴.

En consecuencia, el Derecho Bancario se caracteriza por su contenido heterogéneo, donde tienen cabida tanto normas de Derecho Público como de Derecho Privado⁵. En efecto, esta naturaleza heterogénea es el reflejo de la doble dimensión apuntada *supra* –institucional y operativa–. En este sentido, tradicionalmente se venía entendiendo que el Derecho Bancario surgía del Derecho Mercantil, concepción que ha dado paso a aquella que, si bien entiende el Derecho Bancario dentro del marco normativo del Derecho Privado, lo concibe también en los lindes del Derecho Público⁶. Así las cosas, aquellas disposiciones que regulan la contratación bancaria son normas de Derecho Mercantil, reguladoras de la actividad empresarial de las entidades de crédito y demás instituciones financieras. Por otra parte, aquellas normas que regulan la dimensión

⁴ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “El derecho bancario: consideraciones generales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, p. 246.

⁵ “En el análisis de la normativa de aplicación a las operaciones bancarias, se entrecruzan cuestiones como la coincidencia de normas de derecho privado de diferente rango jerárquico y ámbito competencial: general y especial, y de naturaleza jurídico-administrativa”. RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 339.

⁶ TAPIA HERMIDA, A. J., *Derecho Bancario*, *op. cit.*, p. 18 y GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “El derecho bancario: consideraciones generales”, *op. cit.*, p. 252.

institucional, es decir, las disposiciones que afectan a las entidades de crédito como sujetos, así como a su estructura, organización y funcionamiento, son normas de Derecho Administrativo (económico) que guardan una estrecha conexión (además de relevancia) con el régimen administrativo sancionador.

II. LA CONTRATACIÓN BANCARIA

La contratación bancaria, esto es, la dimensión operativa del Derecho Bancario, es una especialidad de la contratación mercantil. Sin embargo, esta clase de contratación es buen ejemplo de la flagrante desigualdad entre las dos partes contratantes⁷, entre las entidades de crédito, que ostentan todo el poder, y los clientes o usuarios de servicios bancarios, quienes han visto cómo su capacidad de negociación y actuación ha sido reducida al mínimo, por no decir que ha quedado prácticamente extinta. Ahora bien, no debemos olvidar que las entidades de crédito son entes responsables objetivamente por razón de su objeto social en los servicios prestados, pero también en esa posición dominante o de parte fuerte contractual que han asumido frente al consumidor⁸.

Otro defecto de la contratación bancaria es la ausencia de una regulación específica de los contratos bancarios, a diferencia de lo que

⁷ A favor, MONTES RODRÍGUEZ, M. P., “Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria*, coord. por MARIMÓN DURÁ, R. y GONZÁLEZ CASTILLA, F., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, p. 82.

⁸ En el mismo sentido, SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., “La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 10, núm. 38, 1990, p. 327.

sucede con otra clase de contratos regulados como el tradicional contrato de compraventa. Sin embargo, aunque nuestro ordenamiento se caracteriza por la ausencia de una base legal reguladora de la contratación bancaria –y de los contratos bancarios específicos, de ahí su clasificación como contratos atípicos o innominados–, sí contamos con un marco normativo y reglamentario que desarrolla los distintos aspectos de la materia, incluyendo disposiciones de ordenación y disciplina bancaria. En las siguientes líneas analizaremos, a grandes rasgos, el concepto y la clasificación de las operaciones bancarias, para después especificar cuáles son las fuentes de regulación de la actividad bancaria, haciendo especial mención a la normativa recientemente incorporada en nuestro ordenamiento y que ha supuesto un importante cambio en el marco normativo preexistente.

1. El contrato bancario

Los contratos bancarios son contratos atípicos, pues carecen de una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, no han quedado regulados ni en el Código Civil⁹ (en adelante, C.C.) ni en el Código de Comercio¹⁰ (en adelante, C. de Co.), si bien encontramos algunas referencias en este último cuerpo legal, como las relativas a las operaciones que practican los bancos o entidades de crédito en los artículos 175 y siguientes y la referida al contrato de depósito bancario en el artículo 310. Así las cosas, ante la ausencia de una regulación completa

⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889. [GACETA de 25 de julio de 1889].

¹⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. [GACETA núm. 289, de 16 de octubre de 1885].

y específica, la autonomía de la voluntad y el acuerdo entre las partes, así como los usos bancarios, ocupan un lugar central en la labor de composición de los intereses en presencia, prevaleciendo los primeros sobre los segundos. Asimismo, la doctrina se ha encargado de definir y delimitar el concepto de contrato bancario, que a continuación procedemos a exponer.

1.1. Concepto de contrato bancario

La doctrina clásica, encabezada por GARRIGUES, definió contrato bancario como “todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria”¹¹. Adaptada esta definición al marco normativo bancario actual, se entiende como contrato bancario aquel que “se inserta y mediante el que se realiza y desarrolla una actividad típica y específica de intermediación crediticia”¹², esto es, el contrato bancario constituye un acuerdo de voluntades que “instrumentará una operación de intermediación indirecta en el crédito o una operación accesoria a la misma”¹³. Estamos, por tanto, ante contratos mercantiles, de adhesión –conformados por condiciones generales predispuestas unilateralmente–, onerosos, sinalagmáticos, legalmente atípicos aunque dotados de una acusada tipicidad comercial y social, donde los usos

¹¹ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, op. cit., p. 31.

¹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 85.

¹³ TAPIA HERMIDA, A. J., “Tema III. El concepto y clasificación de los contratos bancarios”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, p. 134.

bancarios adquieren un papel relevante y, finalmente, ante contratos celebrados *intuitu personae*.

Asimismo, en lo que concierne a la forma de los contratos bancarios, debemos remitirnos al contenido del artículo 51 del C. de Co., que establece el principio de libertad de forma, afirmando la validez de todo contrato con independencia de la forma y del idioma en que se celebre, siempre y cuando se haga constar su existencia por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

1.2. El contrato bancario como contrato de adhesión

Los contratos bancarios, como la inmensa mayoría de los contratos que suscriben grandes empresas con sus clientes, son contratos de adhesión, (en inglés, *standard form contracts*), entendidos éstos como aquellos contratos cuyas cláusulas han sido redactadas de forma unilateral por el empresario (en el ámbito bancario, por la entidad de crédito), y puestos a disposición del consumidor¹⁴, quien se limita a aceptarlo o rechazarlo, esto es, a adherirse al mismo –en los países anglosajones utilizan la expresión “*take it, or leave it*”, que refleja claramente la limitación del papel del consumidor adherente–. Por tanto, el resultado final es que las cláusulas del contrato no son negociadas individualmente. Esta ausencia de negociación es el reflejo del defectuoso funcionamiento

¹⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, en AA.VV., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 658.

del mercado, permitiendo al predisponente, quien detenta una superioridad funcional, disfrutar de términos mucho más ventajosos¹⁵.

De conformidad con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*¹⁶, (en adelante, Directiva 93/13/CEE)¹⁷, se define cláusula no negociada individualmente como aquella que ha sido redactada previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir el consumidor¹⁸.

¹⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 213, 1994, pp. 490-491.

¹⁶ DOL núm. 95, de 21 de abril de 1993.

Esta Directiva ha supuesto “un avance sustancial en relación con las legislaciones de la mayoría de los Estados Miembros. Además, debido a su carácter «mínimo», permitía a estos adoptar o mantener disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. Informe de la Comisión *sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. [COM (2000) 248 final], p. 5.

Así las cosas, esta Directiva cumple con la finalidad de dotar de una protección eficaz y más armonizada a nivel europeo a los consumidores de bienes y servicios contratados a través de contratos de adhesión. En este sentido, se aproximan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas. Para una completa información de la Directiva 1993/13/CEE, véase PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹⁷ Para un estudio comparado de la normativa vigente en los Estados miembros sobre cláusulas abusivas tras la transposición de la Directiva, véase, EBERS, M., “Comparative Analysis. C. Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, *Consumer Law Compendium*, pp. 341-350. En las páginas siguientes el autor analiza la situación jurídico-legal de los Estados miembros existente antes de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, así como los cambios en ella introducidos para su adaptación a las disposiciones de la nueva Directiva.

¹⁸ Téngase en cuenta que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

En nuestro ordenamiento jurídico este concepto hay que interpretarlo en relación con el de “condición general de la contratación”, definido por el artículo primero de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones Generales de la Contratación*¹⁹, (en adelante, LCGC), –que transpuso a nuestro ordenamiento la citada Directiva–, como “*cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”. Téngase en cuenta que esta Ley resulta de aplicación tanto a los contratos B2C (*Business to Consumers*) como a los contratos B2B (*Business to Business*). Esta regulación se completa con la contenida en 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*²⁰, (en adelante, TRLGDCU), en sus artículos 80 a 91, que recoge el concepto de cláusula abusiva y amplía a 29 las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Ahora bien, los conceptos de condición general y de cláusula abusiva no son sinónimos, pues difieren en tanto que es posible encontrar condiciones generales tanto en contratos celebrados entre profesionales o empresarios como entre éstos y sus consumidores, mientras que el concepto de cláusula abusiva es más específico, circunscrito al ámbito de las relaciones con consumidores,

¹⁹ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

²⁰ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

normalmente integradas en contratos con condiciones generales o cláusulas predispuestas para un contrato individual²¹.

En Reino Unido destaca la preexistencia a la Directiva 93/13/CEE de una regulación sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión, contenida en la *Unfair Contract Terms Act 1977* (en adelante, UCTA), también aplicable tanto a contratos B2B como a contratos B2C. Normativa que ya contenía gran parte de los conceptos y disposiciones de la Directiva 93/13/CEE, reflejo del interés del legislador inglés por proteger a la parte débil del contrato, esto es, al consumidor. La citada Directiva fue transpuesta en 1994 a través de un Instrumento Reglamentario (*Statutory Instrument*), la denominada *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, (en adelante, UTCCR), que incorporaba fielmente las disposiciones del instrumento europeo, a excepción del artículo 7, pues contrariamente a la dicción de la Directiva, no se incluyó ninguna disposición que habilitara a las personas y organizaciones con un interés legítimo en la protección de los consumidores para acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. No obstante, esta habilitación fue introducida en el ordenamiento inglés en el

²¹ LETE ACHIRICA, J., “Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2000, p. 639; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones Generales y Cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 227 y VIVES MARTÍNEZ, G., “Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley 13 de abril de 1998 de Condiciones Generales de la Contratación. Sentencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999, p. 1301.

año 1999, pasando la Ley a denominarse *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, (en adelante, UTCCR 1999)²².

El régimen jurídico australiano, muy similar al de Reino Unido aun no derivando de una norma supranacional, dispone de una normativa específica sobre cláusulas abusivas²³, la *Australian Consumer Law*²⁴ (en adelante, ACL), contenida en el *Schedule 2* de la *Competition and Consumer Act 2010*, (en adelante, CCA), que vino a sustituir en su momento a la originaria regulación sobre prácticas comerciales, esto es, a la *Trade Practices Act 1974*²⁵. Sus disposiciones son administradas por la *Australian Competition and Consumer Commission* (en adelante, ACCC) y, en Victoria, por *Consumer Affairs Victoria* (en adelante, CAV).

Aunque esta normativa no ofrezca una definición concreta de *standard form contract*, a diferencia de los otros dos ordenamientos expuestos, establece unas circunstancias en las cuales se debe entender que estamos ante un contrato de estas características. Asimismo, enumera

²² Sobre la evolución de la regulación y las novedades incorporadas en el derecho inglés tras la incorporación de las disposiciones de la Directiva, véase, BRADGATE, R., “Experience in the United Kingdom”, *The Integration of Directive 93/13 into the National Legal Systems*, pp. 26-45. Documento disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, consultado el día 30 de julio de 2014.

²³ Sobre esta normativa y sus consecuencias jurídicas en el ordenamiento australiano, véase, por todos, PATERSON, J., “The Australian Unfair Contract Terms Law: the rise of substantive unfairness as a ground for review of standard for customer contracts”, *Melbourne University Law Review*, vol. 33, 2009, pp. 934-956.

²⁴BOE núm. 287, de 30 de Noviembre de 2007.

²⁵ Documento disponible en: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00003>, consultado el día 22 de abril de 2014.

los factores y elementos que debe tener en cuenta un tribunal para determinar si es un contrato de adhesión, a saber²⁶.

- Si una de las partes tiene la totalidad o la mayor parte de la capacidad de negociación en relación con la transacción;
- Si el contrato ha sido elaborado por una de las partes sin negociación o discusión previa a la transacción;
- Si la contraparte (el consumidor) fue requerido solamente para aceptar o rechazar los términos del contrato en la forma en que fueron presentados;
- Si se le ofreció a la contraparte (el consumidor) la posibilidad de negociar el contenido contractual.
- Cualquier otra circunstancia fijada por la legislación

De la lectura de estas circunstancias se deduce que el concepto de contrato de adhesión es un concepto global, semejante en (prácticamente) todos los ordenamientos jurídicos pero cuya regulación cobra una especial importancia en el ámbito de consumo, donde el posible desequilibrio entre las partes se acentúa en la contratación bancaria.

²⁶ El texto original de la ACL s 27(2) es el que sigue: “(a) whether one of the parties has all or most of the bargaining power relating to the transaction; (b) whether the contract was prepared by one party before any discussion relating to the transaction occurred between the parties; (c) whether another party was, in effect, required either to accept or reject the terms of the contract (other than the terms referred to in section 26(1)) in the form in which they were presented; (d) whether another party was given an effective opportunity to negotiate the terms of the contract that were not the terms referred to in section 26(1); (e) whether the terms of the contract (other than the terms referred to in section 26(1)) take into account the specific characteristics of another party or the particular transaction; (f) any other matter prescribed by the regulations”.

Así las cosas, el fenómeno global de la contratación en masa se relaciona “con el debilitamiento de la libertad contractual y, en general, con los límites de la autonomía privada”²⁷, pues “*frente a las figuras contractuales clásicas en las que el principio de la autonomía de la voluntad tenía un campo de aplicación casi absoluto y en las que el contrato nacía del libre consentimiento de los contrayentes, surgen en nuestro tiempo nuevas categorías contractuales que se caracterizan por un particular mecanismo de la formación contractual y por la debilitación de la sustancia consensual, que llega, en muchos casos, a anular casi de hecho la libertad de los contratantes*”²⁸. Ello por cuanto en este tipo de contratación a través de condiciones generales²⁹ se mantiene la libertad de contratar³⁰ pero se restringe la libertad contractual³¹. Así pues, la

²⁷ SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 13.

²⁸ SAP Lleida, Sec. 2ª, núm. 35/2008, de 1 de febrero de 2008, FD 2º. (B.D. Westlaw, JUR 2008\138002).

El contrato típico viene definido por los artículos 1254 y 1255 del C.C. como fuente de obligaciones y en la esfera de lo que se ha venido a denominar derecho voluntario, regido por el principio de autonomía de la voluntad. Principio que viene establecido, como indican ALFARO y O'CALLAGHAN, como base del negocio jurídico, pero que viene limitado por este tipo de contratación bajo condiciones generales. Es decir, en los contratos de adhesión ya no prevalece el consentimiento de las partes, sino que ciertos aspectos del clausulado contractual vienen determinados por la ley, en concreto, por la LCGC. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991 y O'CALLAGHAN, X., “Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril)”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 54, 2000, pp. 115-143.

²⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., “Las condiciones generales de los contratos bancarios”, en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por SÁNCHEZ CALERO, F., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 307-333.

³⁰ La libertad de contratar supone que el consumidor es quien tiene la potestad de decidir si finalmente celebra o no el contrato con la entidad de crédito.

³¹ La libertad contractual hace referencia a la posibilidad del consumidor de fijar el contenido del acuerdo, es decir, de establecer las cláusulas que van a integrar el contrato,

participación del consumidor queda relegada a la mera aceptación del contenido contractual, esto es, a su adhesión a las disposiciones en él impuestas.

A pesar de la pérdida de poder de negociación de los consumidores, la utilización de contratos de adhesión por parte de las entidades de crédito en la comercialización de sus productos obedece a motivos de racionalidad, economía y seguridad jurídica. Así se logra la optimización de los recursos de la empresa y la consiguiente mejora de su funcionamiento interno³². En suma, se entiende que las condiciones generales de la contratación constituyen un eficaz “instrumento de racionalización vía estandarización: reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa y contribuyen a la creación de un derecho supletorio y con ello a aumentar la seguridad jurídica de las transacciones”³³.

tal y como viene indicado en el art. 1255 del C.C. No obstante, este artículo también establece unos límites a esta libertad, concretados en la ley, la moral y el orden público.

³² A favor, GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Editorial práctica de derecho, Valencia, 2006, pp. 20-22; SERRA RODRÍGUEZ, A., “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en AA.VV., *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 319; CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, Reino Unido, 2003, p. 133; NAVARRO CHINCHILLA, J. J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, en AA.VV., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir. por NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 534-536 y ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 28-36.

³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre*

2. Clasificación de las operaciones o contratos bancarios

La clasificación tradicional de los contratos u operaciones bancarias es aquella que distingue entre operaciones o contratos³⁴ de activo, contratos de pasivo y contratos neutros, atendiendo a su objeto. Sin embargo, otra clasificación, aunque menos común, es aquella que distingue los contratos de acuerdo con la finalidad en la adquisición de los productos o servicios, esto es, diferencia entre contratos bancarios internacionales o internos con clientes con fines comerciales y aquellos celebrados con consumidores como destinatarios finales de los productos³⁵. TAPIA HERMIDA³⁶, por su parte, también alude a la distinción entre contratos bancarios regulares y contratos irregulares, dependiendo de si una de las partes ostenta la autorización administrativa necesaria para ejercer la actividad bancaria. Por tanto, para que un contrato sea regular, una de sus partes necesariamente debe ser una entidad de crédito³⁷.

Condiciones Generales de la Contratación, coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002, p. 76.

En el mismo sentido, PATERSON, J., “The Australian Unfair Contract Terms Law: the rise of substantive unfairness as a ground for review of standard for customer contracts”, *op. cit.*, pp. 939-940 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Ponencia General: Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas: Fundación BBV, Madrid, 1996, p. 29.

³⁴ Ambas expresiones –operación bancaria y contrato bancario– son empleadas indistintamente en cuanto a su clasificación. Sin embargo, aun cuando ambas refieren al mismo conjunto de hechos, la operación bancaria alude al contenido económico del negocio mientras que el contrato engloba los elementos jurídicos de la transacción.

³⁵ VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por FLUITERS CASADO, R. y PUYOL MONTERO, F. J., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 41.

³⁶ TAPIA HERMIDA, A. J., “Tema III. El concepto y clasificación de los contratos bancarios”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, *op. cit.*, p. 132.

³⁷ “Para que pueda calificarse un contrato como bancario en sentido propio, tiene que participar en él la persona que ostenta legítimamente la titularidad jurídica de una

No obstante, otros autores, como CORTÉS DOMÍNGUEZ³⁸, abogan por una revisión de esta terminología, distinguiendo entre contratos u operaciones de financiación, contratos u operaciones de captación de pasivos y de servicios bancarios de pago, de custodia o de garantía. Empero esta posibilidad, procedemos a concretar las características de los contratos bancarios atendiendo al tipo de cliente y a su objeto o significado crediticio³⁹.

2.1. Contratos bancarios según el tipo de clientela

Esta clasificación repara en el tipo de clientela que suscribe el contrato con la entidad bancaria. Se distingue, a grandes rasgos, entre contratos bancarios con empresas y contratos bancarios con consumidores. La distinción radica en la finalidad de la adquisición de los productos y servicios financieros. En efecto, los empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, adquieren los productos y servicios bancarios para integrarlos en procesos de producción, comercialización o transformación, esto es, con una finalidad comercial o empresarial. Por el contrario, los consumidores, también personas físicas o jurídicas sin ánimo de lucro, son los destinatarios finales de los productos y servicios bancarios contratados.

empresa bancaria”. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, *op. cit.*, p. 31.

³⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., *Lecciones de contratos y mercados financieros*, *op. cit.*, p. 86.

³⁹ TAPIA HERMIDA, A. J., “Tema III. El concepto y clasificación de los contratos bancarios”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, *op. cit.*, pp. 136-140. Véase, del mismo autor, *Derecho Bancario*, *op. cit.*, pp. 128-130.

Nótese que en los contratos bancarios celebrados con consumidores resultan de aplicación las normas de protección de consumo generales, además de la normativa bancaria.

2.2. Contratos bancarios según su objeto

La actividad crediticia constituye la esencia de las entidades de crédito, consistente en la intermediación indirecta en el crédito, esto es, en la captación de fondos del público –en forma de depósitos y préstamos, entre otros– y el empleo de estos fondos en la concesión de créditos. Además, las entidades de crédito pueden realizar otros servicios complementarios a las actividades anteriores. Por ello, se ha venido distinguiendo entre contratos de pasivo, de activo y neutros⁴⁰. Es este criterio, y no otro, el que rige el contenido de las Memorias Anuales del Banco de España.

2.2.1. Operaciones pasivas

Básicamente, son contratos u operaciones de pasivo aquellos que suponen, para las entidades de crédito, una captación de efectivo por parte de sus clientes, que podrá aplicar a sus fines propios, esto es, a las operaciones activas. En todo caso la entidad de crédito tiene una obligación de restitución bien en un plazo estipulado o bien a solicitud del

⁴⁰ Para un estudio completo de los contratos bancarios en atención a este criterio, véanse, por todos, AA.VV., *Tomo X. Contratos bancarios*, coord. por RECALDE CASTELLS, A., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, *Manual Jurídico de las Operaciones Bancarias*, tomo I, EDIT-IN, Madrid, 2001.

cliente, quien se convierte en acreedor de la entidad por la entrega de tales fondos. Este derecho de crédito le permite reclamar la devolución no solo del principal prestado sino también de los intereses generados.

Estas operaciones se corresponden con la actividad principal de toda entidad de crédito, concretada en la recepción del público de depósitos u otros fondos reembolsables⁴¹. Constituyen el fundamento de toda actividad de intermediación crediticia, permitiendo y facilitando el desarrollo de los flujos monetarios.

De todos los contratos bancarios pasivos⁴² que una entidad de crédito puede suscribir, los más conocidos son el contrato de cuenta corriente⁴³, el de libreta de ahorro y el de imposición a plazo⁴⁴. Todos ellos cuentan con el denominador común de no suponer un riesgo para la entidad de crédito, pues su actividad queda reducida a la captación de los fondos a cambio de una contraprestación como pudiera ser el pago de un tipo de interés. Sin embargo, difieren en el plazo de restitución del capital al cliente, siendo de carácter inmediato en el supuesto de los contratos de pasivo a la vista –contratos de cuenta corriente y cuenta de ahorro– pero

⁴¹ Artículo 1 de la LOSS. Anteriormente a esta nueva regulación, esta concreción de la actividad crediticia estaba recogida en el artículo 4 de la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio [DO L núm. 177, de 30 de junio de 2006].

⁴² Para un estudio general de los contratos de pasivo, véase, por todos, LÓPEZ ORTEGA, R., *Las operaciones bancarias de pasivo*, Colección Tratado de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 2008.

⁴³ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Tema XI. El contrato de cuenta corriente bancaria”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, *op. cit.*, pp. 431-464.

⁴⁴ MADRAZO LEAL, J., “Tema XIV. Depósitos bancarios de dinero”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, *op. cit.*, pp. 559-608.

diferido –transcurrido el plazo estipulado– en el contrato de imposición a plazo fijo. En este último caso, empero, el cliente puede disponer de forma inmediata de su dinero, a cambio de satisfacer la penalización fijada en el propio contrato.

Ahora bien, cuando la entidad de crédito concurra en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 8 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, *por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*⁴⁵, el Fondo de Garantía satisfará a sus titulares el importe de los depósitos garantizados en los términos previstos reglamentariamente. Son dos las situaciones previstas en las que se realizará esta restitución. En primer lugar, cuando la entidad haya sido declarada o se tenga judicialmente por solicitada la declaración en concurso de acreedores. En segundo lugar, cuando, habiéndose producido el impago de depósitos y siempre que no se haya acordado la apertura de un proceso de resolución de la entidad, el Banco de España determine que la entidad se encuentra en la imposibilidad de restituirlos inmediatamente por razones directamente relacionadas con su situación financiera⁴⁶.

⁴⁵ BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2011.

⁴⁶ El Banco de España tomará dicha determinación a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, deberá resolver dentro del plazo máximo que se determine reglamentariamente, tras haber comprobado que la entidad no ha logrado restituir los depósitos vencidos y exigibles. Redacción vigente introducida por el apartado tres de la disposición final octava de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*. [BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012].

2.2.2. Operaciones activas

Los contratos bancarios activos son aquellos que proporcionan la mayor rentabilidad a la entidad de crédito. Son aquellos contratos en los que la entidad otorga crédito a los clientes, actividad también importante y delimitadora de toda entidad de crédito, de conformidad con el artículo 1.1 *in fine* de la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*⁴⁷ (en adelante, LOSS). Constituyen, por tanto, la consecuencia lógica de las operaciones de pasivo, permitiendo la realización de la actividad de intermediación crediticia de toda entidad financiera.

Los contratos bancarios activos⁴⁸ por excelencia son el contrato de préstamo, de apertura de crédito, descuento y anticipo bancario, contratos de arrendamiento financiero o *leasing* y contratos de tarjeta de crédito. Por ejemplo, a través de los préstamos las entidades de crédito entregan una suma de dinero al cliente, quedando por ello obligado a restituir dicho principal más los intereses pactados en el plazo convenido. Por su parte, a través del contrato de apertura de crédito, la entidad (acreditante) tiene la obligación de poner a disposición del cliente (acreditado) sumas de dinero,

⁴⁷ BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.

⁴⁸ Sobre estos contratos, véanse, GARCÍA SOLÉ, F., “Tema XII. Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de débito y crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 465-502; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “Tema XVI. El contrato de apertura de crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 627-670; LOIS BASTIDA, F., “Tema XVII. El contrato de descuento”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 671-698; GADEA SOLER, E., “Tema XVIII.A. El préstamo bancario de dinero”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 701-740 y GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Tema XXI. El contrato de leasing financiero”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 879-928.

durante un plazo delimitado, a cambio del pago de una comisión de apertura. Se trata, éste, de un contrato consensual.

La característica común a todos estos contratos de activo, que deviene en un requisito de forma, es su formalización siempre por escrito en póliza o escritura ante fedatario público (notario) para reforzar la garantía de la recuperación de los importes adeudados a través de la vía del proceso de ejecución.

2.2.3. *Operaciones neutras*

Los contratos bancarios neutros⁴⁹ refieren de aquellas operaciones bancarias en las que la entidad se limita a prestar un servicio bancario, que en ningún caso implica recepción ni entrega de dinero a la clientela. No obstante, este tipo de contratos o servicios tienen una contraprestación, normalmente el pago de comisiones.

La calificación de estos contratos como neutros resulta muy apropiada, pues no responden a la actividad crediticia *stricto sensu*, dado que en ellos el cliente no entrega fondos a la entidad (contratos de pasivo) ni tampoco la entidad da crédito al cliente (contratos de activo), sino que constituyen la prestación de un servicio por parte de la entidad que resulta complementario a la actividad bancaria. De ahí la heterogeneidad de esta categoría de contratos, donde también han quedado incluidos los contratos parabancarios. Algunos de estos contratos neutros son la custodia y

⁴⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Operaciones bancarias neutras*, Tratado de Derecho mercantil Tomo XXXIX: Las entidades de crédito y sus operaciones, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 66-77.

depósito de valores, el tratamiento de remesas de recibos de servicios, el alquiler de cajas de seguridad⁵⁰ y el propio servicio de banca por internet.

III. LA ACTIVIDAD BANCARIA

En los años 70 la actividad bancaria no presentaba la complejidad que hoy día la caracteriza, pero cuya evolución natural ha hecho necesaria la elaboración de una normativa de ordenación y disciplina armonizadora. Así pues, en aquellos años el sector bancario se caracterizaba por la escasa competencia entre las varias entidades crediticias existentes, lo que conllevaba un alto grado de intermediación bancaria donde los tipos de interés quedaban limitados legalmente y los coeficientes legales y márgenes financieros eran elevados. Actualmente, por el contrario, el sector bancario se caracteriza por una importante competitividad de las entidades de crédito debido a su incremento en número y expansión, donde también se ha aumentado la desintermediación pero se han reducido los fondos destinados a los coeficientes y el margen de intermediación, a la vez que se han liberalizado los tipos y comisiones.

Todas estas transformaciones y cambios producidos en el marco de la actividad bancaria responden a la volatilidad de los mercados financieros y a la globalización, así como a la internacionalización de la actividad bancaria y, por supuesto, a las modificaciones legislativas llevadas a cabo con objeto de corregir y paliar los efectos (devastadores) de las crisis económicas.

⁵⁰ Sobre este contrato, véase, MARTÍNEZ ROSADO, J., “Tema XXXII. El servicio de alquiler de cajas de seguridad”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 1397-1434.

La nueva regulación incorporada recientemente por la LOSS) viene impulsada por dos de estas corrientes. En primer lugar, por la internacionalización del Derecho Bancario y, con él, de la actividad bancaria, incluso más allá de las fronteras europeas, pues recordemos que la internacionalización y la globalización (en especial, la globalización económica) son dos fenómenos estrechamente unidos e incluso, podríamos decir, se retroalimentan el uno al otro. Y, en segundo lugar, la LOSS se ha elaborado bajo la premisa de mejorar la calidad de la regulación prudencial de las entidades de crédito tras la crisis financiera.

En estos cambios legislativos, llevados a cabo con la finalidad de adaptar la normativa a la complejidad de la materia pero sobre todo de construir un marco regulador común⁵¹ y eficaz sobre solvencia de las propias entidades, destaca la labor desempeñada por el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria⁵² (en adelante, BCBS, por sus siglas en inglés, *Basel Committee on Banking Supervision*).

Estamos ante un Comité constituido en 1975⁵³ que carece de entidad jurídica propia, pues constituye un foro internacional de cooperación en

⁵¹ “The dichotomy between international (global) markets and institutions and national rules, exposing the limitations of the principle of national sovereignty, adds yet another layer of complexity to the design of effective financial regulation”. GOOHART, C. A. E. y LASTRA, R. M., “Border Problems”, *Journal of Economic Law*, vol. 13, núm. 3, p. 706.

⁵² Para conocer todos los aspectos y Acuerdos de este Comité, véase, <http://www.bis.org/bcbs/>, consultado el día 5 de agosto de 2014.

⁵³ Creado por los presidentes de los Bancos Centrales del G10, integrada en sus inicios por autoridades en Supervisión Bancaria de los siguientes países: Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos.

La lista completa de todos los miembros del Comité de Basilea está disponible en: <http://www.bis.org/bcbs/membership.htm>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

materia de supervisión bancaria, integrado por autoridades de Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía⁵⁴. Su secretaría se encuentra en el Banco de Pagos Internacionales, en Basilea (Suiza)⁵⁵. Nótese que España cuenta con un único representante, el Banco de España, mientras que los países anglosajones como Reino Unido y Australia cuentan con dos representantes, el Banco Central Nacional –el *Bank of England*⁵⁶ y el *Reserve Bank of Australia*⁵⁷ (en adelante, RBA), respectivamente– y la Autoridad supervisora, –la *Prudential Regulation Authority*⁵⁸ (en adelante, PRA) y la *Australian Prudential Regulation Authority*⁵⁹ (en adelante, APRA), respectivamente– dado que se han constituido como organismos autónomos e independientes, sin perjuicio de la cooperación y colaboración en determinados aspectos de la contratación bancaria tales

⁵⁴ <http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/actividad/BCBS/BCBS.html>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

⁵⁵ Sobre la historia y composición de este Comité, véase, USTÁRIZ GONZÁLEZ, L. M., “El Comité de Basilea y la Supervisión Bancaria”, *Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana*, 2003, pp. 431-437.

⁵⁶ Véase su web oficial, <http://www.bankofengland.co.uk/Pages/home.aspx>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

⁵⁷ Véase su web oficial, <http://www.rba.gov.au/>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

⁵⁸ Se trata de una entidad ubicada dentro de la estructura organizativa del Banco de Inglaterra, de forma que, aun cuando actúe con autonomía, la supervisión prudencial que realiza esta institución quede vinculada a la supervisión macroprudencial que realiza el propio Banco de Inglaterra. Esta Institución fue creada en la *Financial Services Act 2012*, que entró en vigor el 1 de abril de 2013. Véase su web oficial, <http://www.bankofengland.co.uk/pru/pages/about/default.aspx>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

⁵⁹ Véase su web oficial, <http://www.apra.gov.au/aboutapra/Pages/default.aspx>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

como los mecanismos de protección de la clientela⁶⁰. En Reino Unido, además, se ha creado un nuevo organismo supervisor dedicado a los mercados y a la protección del consumidor, la *Financial Conduct Authority*⁶¹, (en adelante, FCA), cuyo objetivo consiste en regular la conducta de toda empresa que proporcione servicios financieros, así como regular y garantizar la protección de los clientes bancarios.

El Comité de Basilea, en cumplimiento de su objetivo primordial de mejorar la habilidad del sector financiero para absorber el impacto de periodos de crisis y evitar el contagio de dicho impacto a otros sectores de la economía, propone una serie de medidas para fortalecer la regulación global de capital y liquidez, plasmadas en directrices y estándares⁶². Los

⁶⁰ Puede verse la lista de las Autoridades Nacionales Competentes en materia de protección de los consumidores de los Estados miembros en la página web oficial de la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority*), cuyo objetivo es garantizar la estabilidad financiera a través de un nivel efectivo y coherente de supervisión prudencial en el sector bancario europeo: <http://www.eba.europa.eu/consumer-corner/national-competent-authorities-for-consumer-protection>, consultado el día 11 de agosto de 2014.

⁶¹ Véase su web oficial, <http://www.fca.org.uk/consumers>, consultada el día 15 de agosto de 2014.

Esta institución tiene su origen en la crisis económica, momento en el cual se planteó en Reino Unido la posibilidad de crear una institución encargada de regular la protección de los consumidores y el mercado financiero, bajo el nombre de *Consumer Protection and Market Authority*. Sin embargo, finalmente se optó por escindir la Autoridad reguladora existente, la *Financial Services Authority*, en dos instituciones separadas e independientes: la *Financial Conduct Authority* y la *Prudential Regulation Authority* (integrada en la estructura del *Bank of England*), con el propósito de ofrecer una mejor regulación y supervisión en ambas materias. La FCA tiene objetivos más específicos que la institución a la que sucede, que incluyen la protección de los consumidores y el fomento de la competencia efectiva de los intereses de los consumidores. Asimismo, se le atribuye capacidad de intervención respecto de ciertos productos así como en casos de fraude en la promoción financiera.

⁶² Sobre las líneas de actuación del BCBS, véanse, COEN, B., “The Basel Committee on Banking Supervision: Its Global Role and Current Initiatives”, en *United Nation's General Assembly Working Group on the World Financial and Economic Crisis and its*

ejemplos más relevantes son el estándar internacional sobre medidas y normas de capital (Acuerdos de Basilea), los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz (*Core Principles*) y el Concordato sobre supervisión transfronteriza. Sobre las bases del Acuerdo de Basilea III⁶³, elaborado en diciembre de 2010, bajo la rúbrica *Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*⁶⁴ y cuyo objetivo era reforzar significativamente las exigencias de capital de las entidades financieras, se ha elaborado la normativa que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la LOSS.

Impact on Development, Nueva York, 3 de mayo de 2010. Documento disponible en: <http://www.un.org/esa/ffd/events/2010GAWGFC/5/Coen.pdf>, consultado el día de agosto de 2014 y el Informe de Cumbria (*Financial Services Consulting*), “Basilea III. Persiguiendo la solidez del sistema bancario”, septiembre 2010, disponible en línea en: <http://www.cumbria-fsc.com/ficheros/publicaciones/Informes/BasileaIII.pdf>, consultada el día 5 de agosto de 2014.

⁶³ Sobre este Acuerdo, véanse, PWC, “Basilea III y los retos de la banca”, *Banca Comercial*, núm. 261, 2010 y POVEDA ANADÓN, R., “De Basilea I a Basilea III”, *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 102, 2011, pp. 47-69. Para un análisis jurídico-económico de la situación financiera en la que se adoptaron estos Acuerdos, véanse, GARCÍA MONTALVO, J., “Crisis financiera, reacción regulatoria y futuro de la banca en España”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 32, núm. 2, 2014, pp. 497-528; GARCÍA MONTALVO, J., “Vuelta a la «banca aburrida» en la era del desalancamiento y la nueva regulación financiera”, *Cuadernos de Información económica*, núm. 238, 2014, pp. 49-50; CASSINELLO PLAZA, N., “Impacto de la crisis financiera de 2007 en la regulación y gestión de la liquidez en la banca europea a través de los acuerdos de Basilea”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 89, 2013, pp. 73-93; GÓMEZ DE MIGUEL, J. M., “La calidad del capital regulatorio: una reforma necesaria”, en AA.VV., *El Sistema Bancario tras la Gran Recesión*, coord. por PÉREZ FERNÁNDEZ, J., y DíEZ GANGAS, J. C., Colección Mediterráneo Económico, núm. 19, Almería, 2011, pp. 185-206 y SLOVIK, P. y COURNÈDE, B., “Macroeconomic Impact of Basel III”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 844, OECD Publishing, 2011, disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.1787/5kghwnhkkjs8-en>, consultado el día 12 de agosto de 2014.

⁶⁴ Documento disponible en español en: http://www.bis.org/publ/bcbs189_es.pdf, consultado el día 10 de agosto de 2014.

1. Marco normativo

En lo que concierne al panorama normativo de la actividad bancaria, cabe decir que nuestro ordenamiento jurídico se ha caracterizado, al menos hasta finales de junio de 2014 –con la aprobación de la LOSS–, por la pluralidad misma de normas, como consecuencia de la ausencia de una Ley marco cuyas disposiciones regularan y ordenaran de forma sistemática la materia⁶⁵. Asimismo, a este entramado de leyes y demás normas y disposiciones administrativas y reglamentarias han confluído dos factores fundamentales. En primer lugar, la “entrada de España en la UE supuso la necesaria adopción de las normas preexistentes en el ámbito europeo a nuestro ordenamiento jurídico”⁶⁶ y, en segundo lugar, el propio desarrollo del sistema bancario, que ha evolucionado desde un sistema poco competitivo y sofisticado hasta un sistema en algunos aspectos excesivamente complejo. Todo ello ha supuesto 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.

Ahora, no obstante, contamos en nuestro ordenamiento jurídico con una Ley marco –la LOSS–, cuya aprobación ha supuesto la refundición en un único cuerpo legal de las principales normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, entendidas éstas como aquellas leyes y

⁶⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., *Lecciones de contratos y mercados financieros*, op. cit., p. 57.

⁶⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., “Chapter 7. Spain”, en AA.VV., *European Banking Law. The Banker-Customer relationship*, ed. por R. CRANSTON, LLP, Reino Unido, 1999, p. 127.

disposiciones administrativas de carácter general cuyos preceptos refieren específicamente a las entidades de crédito y son de obligada observancia por éstas⁶⁷.

Además de las fuentes legales, recientemente modificadas, se ha desplegado alrededor de la actividad bancaria una importante regulación administrativa, destacando las Órdenes Ministeriales y las Circulares del Banco de España –objeto de publicación en el BOE en analogía con las demás disposiciones generales–. Sin ánimo de exhaustividad y sin perjuicio de que algunas normas puedan ser citadas posteriormente, vamos a exponer la regulación en materia de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, marcada por la entrada en vigor de la LOSS, así como la función de la regulación administrativa en la materia, si bien con carácter previo debemos establecer qué organismos ostentan la competencia legislativa.

2. Título competencial

El sistema bancario se caracteriza por la disparidad de las fuentes de regulación, encontrando tanto normas de rango legal como normas de naturaleza administrativa y reglamentaria, diferenciando, por tanto, la competencia de la Administración Pública de la especial capacidad normativa del Banco de España.

⁶⁷ VEGA SERRANO, J. M., *La regulación bancaria*, La Ley, Madrid, 2011, p. 15.

2.1. Competencia de la Administración Pública

De la propia Constitución Española⁶⁸ (en adelante, Constitución) nacen los poderes de intervención de la Administración Pública en este sector⁶⁹. Precisamente, la Constitución determina, en sus artículos 149.1.11º y 13º, que la regulación del sistema monetario y, en concreto, de las bases de la ordenación de crédito⁷⁰, banca y seguros, así como las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, son competencia exclusiva del Estado. Asimismo, los apartados sexto y séptimo del citado precepto otorgan también al Estado la competencia en materia mercantil y laboral, respectivamente. Esta intervención pública obedece a la necesidad de proteger a los

⁶⁸ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶⁹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., “Tema I. La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, p. 49.

⁷⁰ Esta competencia sobre las bases de ordenación del crédito alcanza aspectos puramente ejecutivos cuando afecten directamente intereses supraautonómicos, dada la interdependencia y conexión en todo el territorio nacional. SSTC núm. 135/1992, de 25 de septiembre, F.J. 3º (B.D. Westlaw, RTC 1992\135) y núm. 178/1992, de 14 de septiembre, F.J. 2º (B.D. Westlaw, RTC 1992\178).

Ahora bien, al respecto de la definición de las bases, es doctrina del TC (SSTC núm. 96/1996, F.J. 32º; núm. 203/1993, F.J. 4º y núm. 15/1989, F.J. 3º) la exigencia de que dicha definición debe realizarse “*con observancia de las garantías de certidumbre jurídica que sean necesarias para asegurar que las Comunidades Autónomas tengan posibilidad normal de conocer cuál es el marco básico al que deben someter sus competencias (...) de forma que es misión de este Tribunal procurar (...) que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas y velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto legal y reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura*”. De ahí que se imponga la necesidad de que la correspondiente norma establezca de un modo expreso su carácter de básica o bien que aquel carácter se infiera con naturalidad de su propia estructura.

consumidores que han confiado sus ahorros en las entidades de crédito pero, también, de controlar el poder económico adquirido como resultado de tales depósitos⁷¹. Así las cosas, la constitución de nuevas entidades crediticias, por su incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional, necesariamente queda reservada a las autoridades estatales en la materia. Ello por cuanto la finalidad misma de la competencia estatal es la de garantizar, en este caso, una estructura común y uniforme mínima de las entidades de crédito en todo el territorio nacional⁷², es decir, un marco normativo unitario, de forma que quede asegurado, en *pro* de los intereses generales superiores a los de cualquier Comunidad Autónoma⁷³, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa de su propio interés, establezca las peculiaridades que estime convenientes⁷⁴

⁷¹ SÁNCHEZ CALERO, F., “Chapter 7. Spain”, en AA.VV., *European Banking Law. The Banker-Customer relationship*, *op. cit.*, 1999, p. 128.

⁷² SSTC núm. 48/1988, de 22 de marzo, F.J. 3º (B.D. Westlaw, RTC 1988\48) y núm. 155/1993, de 6 de mayo, F.J. 8º (B.D. Westlaw, RTC 1993\155).

⁷³ “Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada (en nuestro caso, las de los números 11 y 13) es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia. Dado su carácter general y fundamental respecto al resto de la ordenación de la materia, las bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales. Ahora bien, (...) la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito (...)”. STC núm. 1/1982, de 28 de enero, F.J. 1º. (B.D. Westlaw, RTC 1982\1).

⁷⁴ SSTC núm. 49/1988, de 22 de marzo, F.J. 16º. (B.D. Westlaw, RTC 1988\49), núm. 197/1996, de 28 de noviembre, F.J. 5a) (B.D. Westlaw, RTC 1996\197) y núm. 194/2004, de 10 de noviembre, F.J. 7º (B.D. Westlaw, RTC 2004\194).

siempre y cuando se respeten los límites competenciales que la Constitución y su Estatuto de Autonomía le hubieran conferido en tal sentido.

Sin embargo, la Constitución no atribuye en su artículo 148 ningún título competencial a las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.) para regular el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros y de las Cooperativas de Crédito, si bien en su mayoría se han atribuido competencias sobre la ordenación del crédito de estos dos tipos de entidades en sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha tenido oportunidad de pronunciarse para aclarar la cuestión del reparto de competencias y del alcance y delimitación de las normas estatal y autonómica y su coexistencia. Para comprender mejor el fondo del conflicto, debemos partir de dos premisas. La primera, la habilitación constitucional a las CC.AA. para elaborar y desarrollar las disposiciones necesarias para el fomento del desarrollo económico al amparo del artículo 148.1.13º de la Constitución. La segunda, la doble naturaleza⁷⁵ crediticia y social de las cooperativas de crédito⁷⁶, de la que se deriva la interrelación

⁷⁵ Esta doble naturaleza se proyecta sobre el sistema de fuentes que rige su régimen jurídico. Régimen jurídico definido, con carácter básico, por el legislador estatal en el artículo 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, *de cooperativas de crédito*, (BOE de 31 de mayo de 1989), a cuyo tenor *“las cooperativas de crédito se regirán por la presente Ley y sus normas de desarrollo, sin perjuicio, en cuanto a estas últimas, de las disposiciones que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en la materia. También les serán de aplicación las normas que con carácter general regulan la actividad de las entidades de crédito. Con carácter supletorio les será de aplicación la legislación de cooperativas”*.

⁷⁶ Aunque en un principio las Cooperativas de Crédito eran caracterizadas como un género de las Cooperativas, *“la especialidad dimanante de su actividad crediticia las ha asimilado y terminado por incorporar al género de las entidades o establecimientos de*

de títulos competenciales estatal –de conformidad con el artículo 149.1.11º de la Constitución– y autonómico –con arreglo a lo dispuesto en el correspondiente Estatuto de Autonomía–.

Acerca de estas especiales características de las Cooperativas de Crédito donde confluyen aspectos crediticios y cooperativos e inciden aspectos laborales y mercantiles, es menester traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) núm. 155/1993, de 6 de mayo, en cuyo Fundamento Jurídico (en adelante, F.J.) tercero se afirma que la norma autonómica será complementaria de la estatal y de directa aplicación en los ámbitos estrictamente cooperativos cuya regulación, por no tener carácter mercantil o laboral, corresponda a la competencia exclusiva de las CC.AA.⁷⁷. Además, la norma estatal nunca podría disponer la naturaleza supletoria de la normativa autonómica, pues ello devendría inconstitucional y, por tanto, sería inválida. Ello significa que en la relación entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico la supletoriedad opera en favor del Derecho estatal⁷⁸.

crédito”. Así concluyen las SSTC núm. 155/1993, F.J. 1º y núm. 204/1993, de 17 de junio, F.J. 3º (B.D. Westlaw, RTC 1993\204).

⁷⁷ En igual sentido, véanse, SSTC núm. 204/1993, de 17 de junio, F.J. 3º (B.D. Westlaw, RTC 1993\204); núm. 235/1999, de 16 de diciembre, F.J. 3º (B.D. Westlaw, RTC 1999\235) y núm. 275/2000, de 16 de noviembre, F.J. 4º (B.D. Westlaw, RTC 2000\275).

⁷⁸ “La norma estatal que dispusiere la aplicación supletoria de la norma autonómica incurriría en inconstitucionalidad, bien porque supondría la degradación de la eficacia directa de la norma autonómica dictada al amparo del correspondiente título competencial o, en otro caso, porque vendría a atribuírsele una eficacia que, aun siendo supletoria, nunca podría tener al no disponer dicha norma de cobertura competencial y ser, por tanto, inválida. La supletoriedad, en suma, en la relación Derecho estatal-Derecho autonómico, opera a favor de aquél y no de este último, de manera que no cabe la pretendida norma autonómica supletoria de la estatal, siendo inconstitucional la que así lo disponga”. STC núm. 155/1993, de 6 de mayo, F.J. 3º.

En suma, *“las cooperativas de crédito y las cajas de ahorro no son materias en absoluto ajenas al ámbito competencial autonómico, lo que justifica su inclusión en los Estatutos de todas las Comunidades Autónomas, sino también la abundancia y generalidad de las disposiciones legales y reglamentarias autonómicas referentes a cooperativas de crédito y cajas de ahorro”*⁷⁹.

Finalmente, dada la doble naturaleza de las cooperativas de crédito, es necesario aclarar el régimen de distribución de competencias sobre cooperativas en general y cooperativas de crédito en particular⁸⁰. Encontramos en la propia Constitución la habilitación a los poderes públicos para que, mediante una legislación adecuada, fomenten el fenómeno cooperativo (artículo 129.2). Ahora bien, dicha habilitación no prejuzga el orden competencial, por lo que las CC.AA. han asumido en exclusiva la competencia para regular en materia de cooperación y mutuas no integradas en el sistema de Seguridad Social, respetando la legislación mercantil, que recordemos es competencia del Estado. Sin embargo, esta exclusividad en el título competencial de las cooperativas en general no es compartida por las cooperativas de crédito, siendo que, en los términos de lo dispuesto en los artículos 149.1.11º y 149.1.13º de la Constitución, solamente ostentan la competencia de desarrollar legislación y ejecución de las bases estatales en materia de ordenación del crédito, la banca y los seguros⁸¹. En consecuencia, confluyen una pluralidad de títulos en materia

⁷⁹ STC núm. 134/1992, de 5 de octubre, F.J. 2º. (B.D. Westlaw, RTC 1992\134).

⁸⁰ Precisamente, el TC se ha ocupado de esta cuestión en su Sentencia núm. 291/2005, de 10 de noviembre, F.J. 3º. (B.D. Westlaw, RTC 2005\291).

⁸¹ Se extiende tanto a las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como a aquellas otras que regulan

de cooperativas de crédito, no así en materia de cooperativas en general, pues *“la Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna al Estado en materia de cooperativas, y en consecuencia, de acuerdo con el artículo 149.3 de la propia Norma, la Comunidad tiene las competencias que haya asumido en su Estatuto, correspondiendo al Estado las no asumidas”*⁸².

En este punto cabe plantearse la posible incompatibilidad e injerencia de estas legislaciones autonómicas en caso de que la Cooperativa de Crédito amplíe su ámbito territorial de actuación⁸³. Se trata de una cuestión relevante puesto que la actividad extraterritorial, esto es, la realizada en otras CC.AA., incide directamente sobre el ámbito competencial territorial de la Comunidad Autónoma correspondiente, pudiendo existir conflictos de interés entre las legislaciones autonómicas. En este sentido se ha pronunciado el TC, afirmando que dicha ampliación

aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios. Encuadra el régimen de todas las entidades de crédito, con independencia de que la ley defina con mayor o menor amplitud la categoría legal de «entidad de crédito», y que asigne a una u otras un ámbito típico de operaciones. Igualmente, incluye las potestades de controlar o verificar si se cumplen las disposiciones vigentes, que son competencias de ejecución.

⁸² STC núm. 72/1983, de 29 de julio, F.J. 1º (B.D. Westlaw, RTC 1983\72).

⁸³ La referencia territorial es un criterio general adoptado en todos los Estatutos de Autonomía, *“impuesta por la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (artículo 137 de la Constitución) y responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades”*. STC núm. 44/1984, de 27 de marzo, F.J. 2º. (B.D. Westlaw, RTC 1984\44). Ahora bien, *“esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a los órganos de la Comunidad Autónoma, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional; la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimientos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación”*. STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre, F.J. 1º. (B.D. Westlaw, RTC 1981\37).

territorial de la Cooperativa de Crédito a otras CC.AA. afecta en la “*actividad típica de la sociedad cooperativa de crédito, pues supone el establecimiento de relaciones jurídico-financieras de carácter estable, con socios cuyo domicilio social y ámbito de actuación pertenezcan a otra Comunidad Autónoma*”⁸⁴, lo que pone de manifiesto la existencia de un interés público que justifica la competencia regulatoria estatal en materia de Cooperativas de Crédito y de Cajas de Ahorros.

2.2. Competencia normativa del Banco de España

El Banco de España⁸⁵ es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que desempeña sus funciones como administración independiente⁸⁶ y autónoma respecto de la Administración General del Estado, sometida a su legislación especial contenida en la Ley 13/1994, de 1 de junio, *de*

⁸⁴ STC núm. 1/1982, de 28 de enero (B.D. Westlaw, RTC 1982\1).

⁸⁵ Para un estudio completo de la institución del Banco de España, véase, por todos, DEL CAÑO PALOP, J. R., “II. El Banco de España. Organización y funciones”, en AA.VV., *Derecho Bancario y Bursátil*, op. cit., pp. 49-94.

⁸⁶ Sobre las Autoridades administrativas independientes con capacidad normativa en nuestro ordenamiento, véanse, PANADÈS ESTRUCH, L., “La potestad reglamentaria de las Administraciones Independientes”, *Addenda Review*, 2011, núm. 4, pp. 7-10; GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones Independientes en el ámbito económico”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 139-179; MAGIDE HERRERO, M., “La potestad reglamentaria de las administraciones independientes: sus límites constitucionales”, en AA.VV., *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, coord. por ROSADO PACHECO, S., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, pp. 281-294 y ALONSO TIMÓN, A. J., “El fenómeno de las autoridades administrativas independientes y la naturaleza de sus capacidades normativas: especial referencia a las circulares del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 34, 2001, pp. 179-220.

autonomía del Banco de España⁸⁷ (en adelante, LABE) y a su Reglamento interno⁸⁸, que constituye la norma interna básica y de mayor rango de la organización y funcionamiento de esta institución. Por tanto, el Banco de España queda sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo cuando actúa en el ejercicio de las potestades administrativas que le han sido conferidas por la LABE, resultando de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸⁹.

El aspecto más destacable de la naturaleza jurídica del Banco de España es su “doble condición institucional”⁹⁰. Por un lado, está integrado en la estructura de la Administración del Estado y, por otro, como Banco Nacional⁹¹ es parte integrante del Sistema Europeo de Bancos⁹² Centrales (en adelante, SEBC), quedando sometido al Tratado de la Unión Europea y a los propios Estatutos del SEBC.

⁸⁷ BOE de 2 de junio de 1994.

⁸⁸ Resolución de 28 de marzo de 2000, del Consejo de Gobierno del Banco de España, por la que se aprueba el Reglamento Interno del Banco de España, de conformidad con el artículo 21.1.f) de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. (BOE de 6 de abril). Documento disponible en: http://app.bde.es/clf_www/leyes.jsp?id=45360, consultado el día 10 de agosto de 2014.

⁸⁹ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁹⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., *Lecciones de contratos y mercados financieros*, op. cit., p. 39.

⁹¹ FERNÁNDEZ, T. R., “La autonomía de los Bancos Centrales: un problema de rango constitucional”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, coord. por POLO DÍEZ, A., La Ley, Madrid, 1994, pp. 734-735.

⁹² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 68-74.

Todos los Bancos Centrales Nacionales están dotados de una especial capacidad normativa, ligada a su función como garantes de la “estabilidad económica”, valor constitucionalmente reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo 40.1, donde se indica que “*los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica*”⁹³ (...). Reino Unido, por su parte, creó el 1 de abril de 2013, en el seno del *Bank of England*, una nueva institución independiente, *The Financial Policy Committee*⁹⁴, cuya misión consiste en colaborar con el Banco Central Nacional para lograr este objetivo de estabilidad económica⁹⁵.

Ahora bien, esta función de garantizar la estabilidad del sistema financiero⁹⁶ (en inglés, *financial stability system*), no es exclusiva de Europa, sino también de países extracomunitarios como Australia⁹⁷, donde

⁹³ Énfasis añadido.

⁹⁴ Véase su página web oficial, <http://www.bankofengland.co.uk/financialstability/Pages/fpc/default.aspx>, consultada el día 15 de agosto de 2014.

⁹⁵ Véase su página web oficial, <http://www.bankofengland.co.uk/financialstability/Pages/fpc/default.aspx>, consultada el día 11 de agosto de 2014.

⁹⁶ Al respecto, véanse, por todos, LASTRA, R. M., y GARICANO, L., “Towards a new Architecture for Financial Stability: Seven Principles”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, núm. 3, 2010, pp. 597-621, LASTRA, R. M., *Legal Foundations of International Monetary Stability*, Oxford University Press, Oxford, 2006 y ROGER, W. y FERGUSON, JR., “12. Should Financial Stability Be an Explicit Central Bank Objective?”, en AA.VV., *Challenges to Central Banking from Globalized Financial Systems*, ed. por UGOLINI, P. C., SCHAECHTER, A. y STONE, M. R., International Monetary Fund, Washington, 2003, pp. 208-212.

⁹⁷ Reserve Bank Act 1959, s 10(2).

el RBA⁹⁸ ostenta potestades normativas en materia de política económica y sistemas de pago. En concreto, define esta estabilidad del sistema financiero como la ausencia de crisis económicas, así como de perturbaciones en los mercados financieros, que puedan suponer una amenaza para la solvencia de la economía. Por tanto, en un sistema financiero estable, el mercado financiero se caracteriza por la fluidez de los fondos entre ahorradores e inversores, promoviendo el crecimiento económico, y donde se han desarrollado mecanismos de gestión de crisis de las entidades financieras adecuados y eficaces, de forma tal que la confianza del público en general, y de la clientela bancaria en particular, no se verá mermada. Para ello será necesario identificar las posibles vulnerabilidades en el sistema financiero, tanto a nivel macroeconómico –evolución de los mercados de crédito y de activos– como microeconómico –gestión de riesgos por las propias entidades financieras–⁹⁹.

⁹⁸ SMITH, A., “Chapter 1: Regulation of the Australian Financial System”, en AA.VV., *Australian Finance Law*, ed. por MALLESONS STEPHEN JAUQUES (Solicitors and Attorneys), Thomson Legal & Regulatory Ltd., Pyrmont, 2009, pp. 18-20; GRANT, J. McB., HAGGER, A. J. y HOCKING, A., *Economic Institutions and Policy. An Australian introduction*, The Griffin Press, Australia, 1969, pp. 121-124.

⁹⁹ “A stable financial system is one in which financial intermediaries, markets and market infrastructure facilitate the smooth flow of funds between savers and investors and, by doing so, help promote growth in economic activity. Conversely, financial instability is a material disruption to this intermediation process with potentially damaging implications for the real economy. From this perspective, the safeguarding of financial stability can be seen to be a forward-looking task – one that seeks to identify vulnerabilities within the financial system and, where possible, take mitigating action. Some of these vulnerabilities have a macroeconomic dimension, such as changes in the condition of household and corporate sector balance sheets, and developments in credit and asset markets, all of which have the potential to affect the level and distribution of financial risk within the economy. Other vulnerabilities relate to the way in which financial intermediaries and financial market participants price and manage their various risks. In addition, a resilient financial system is one in which there are well developed crisis management arrangements for handling distressed financial institutions in such a way that public confidence in the financial system will not be undermined”.

Por otro lado, de la lectura de la propia LABE, así como de su Reglamento interno¹⁰⁰, se infiere la doble potestad normativa del Banco de España¹⁰¹.

En primer lugar, una potestad reglamentaria externa que se concreta, a su vez, en dos tipos de disposiciones. Por una parte, las denominadas “Circulares monetarias”, que consisten en las normas que regulan el ejercicio de las funciones relacionadas con su participación en el SEBC¹⁰²

RBA, “About Financial Stability”, disponible en: <http://www.rba.gov.au/financial-stability/about.html>, consultada el día 11 de Agosto de 2014.

Véase, también, SMITH, A., “Chapter 1: Regulation of the Australian Financial System”, en AA.VV., *Australian Finance Law, op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁰ Artículo 3 de la LABE y Secciones 4ª y 5ª del Reglamento interno.

¹⁰¹ DEL CAÑO PALOP, J. R., “II. El Banco de España. Organización y funciones”, en AA.VV., *Derecho Bancario y Bursátil, op. cit.*, pp. 72-73; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Tema II. Las fuentes del derecho bancario”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 105-106; TAPIA HERMIDA, A. J., *Derecho Bancario, op. cit.*, pp. 93-94; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca Pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, pp. 268-269 y POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 359-360.

¹⁰² Las funciones del Banco de España como miembro del SEBC son las siguientes: definir y ejecutar la política monetaria de la zona del euro, con el objetivo principal de mantener la estabilidad de precios en el conjunto dicha zona; realizar las operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 111 del TFUE, así como poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas del Estado; promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago en la zona del euro. En este contexto, se enmarcan las operaciones de provisión urgente de liquidez a las entidades y emitir los billetes de curso legal.

Asimismo, como Banco Central Nacional, desempeña las siguientes funciones: poseer y gestionar las reservas de divisas y metales preciosos no transferidas al BCE; promover el buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero y, sin perjuicio de las funciones del BCE, de los sistemas de pago nacionales. En este contexto, se enmarcan las operaciones de provisión urgente de liquidez a las entidades; supervisar la solvencia y el cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito, otras entidades y mercados financieros cuya supervisión se le ha atribuido; poner en circulación la moneda metálica y desempeñar, por cuenta del Estado, las demás funciones que se le encomienden respecto a ella; elaborar y publicar las estadísticas relacionadas con sus funciones y asistir al BCE en la recopilación de información estadística; prestar los

y con la emisión y puesta en circulación de billetes. Por otra parte, las “Circulares”, que constituyen las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto, no pudiéndose excluir la intervención de la potestad reglamentaria gubernamental. Su ámbito temático es la ordenación y supervisión del sistema crediticio español, lo que comporta una mayor sujeción al ordenamiento jurídico español. Por tanto, básicamente son las disposiciones que dicta para el correcto ejercicio del resto de sus competencias y funciones.

Asimismo, el Banco de España queda facultado para, a través del Director general competente, hacer públicas las denominadas “Aplicaciones Técnicas” que contienen los aspectos técnicos necesarios para la aplicabilidad de las Circulares. Todas estas disposiciones se elaborarán previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar.

Todas las Circulares y Circulares monetarias dictadas al amparo de esta potestad reglamentaria externa del Banco de España serán objeto de publicación¹⁰³ en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE), entrando en vigor a los veinte días de dicha publicación, salvo que en ellas se disponga otra cosa, en virtud del artículo 2 del C.C., siendo susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

servicios de tesorería y de agente financiero de la deuda pública y asesorar al Gobierno, así como realizar los informes y estudios que resulten procedentes.

¹⁰³ Es posible acceder al contenido de todas las Circulares del Banco de España, tanto por orden cronológico como por orden analítico, en la propia web oficial de la Institución: http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Circulares_del_b/Indice_Cronologi/, consultada el día 10 de agosto de 2014.

En segundo lugar, el Banco de España está facultado para establecer su propio régimen normativo interno. Al igual que sucedía con la normativa externa, también aquí distinguimos dos clases de disposiciones, aunque éstas sujetas a un orden jerárquico. En efecto, encontramos las llamadas “Circulares internas” –en contraposición con las Circulares externas *supra* expuestas– y que consisten en las reglamentaciones de carácter básico y general, de obligado cumplimiento para todos los servicios. Son normas aprobadas por la Comisión Ejecutiva y refrendadas por el Gobernador. Igualmente, y como sistema de desarrollo de lo establecido en las Circulares Internas o para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobernador, Subgobernador, Director general o Director general adjunto¹⁰⁴ en cuanto a las competencias conferidas por este Reglamento Interno, el Banco de España dicta las “Ordenanzas”, aprobadas por el titular de la Dirección General competente en la materia que regulen, o de la Dirección General de Servicios. Asimismo, aunque carecen de valor normativo, pueden dictarse “Notas” en donde se

¹⁰⁴ Téngase en cuenta que el Banco de España tiene una estructura integrada por tres tipos de órganos: órganos rectores, órganos de dirección y órganos de gestión. Respecto de los primeros, la propia LBE, en su Capítulo III, establece cuatro órganos rectores: el Gobernador, el Subgobernador, el Consejo de Gobierno y la Comisión Ejecutiva. en cuanto a los órganos de dirección, vienen regulados en el Capítulo III del Reglamento interno del Banco de España, en sus artículos 69 a 78. Estos órganos de dirección quedan subordinados y son designados por los órganos rectores. Hablamos de los Directores generales (pudiendo designarse Directores Generales Adjuntos), así como de sus órganos de coordinación, esto es, de las Comisiones internas. Por último, integran la categoría de órganos de gestión la Secretaría General, que tendrá a su cargo la secretaría de los órganos rectores del Banco de España y la asistencia a los Consejeros; la dirección del asesoramiento jurídico de los órganos rectores y, en general, de la institución, así como cualquier otra función que determine la Comisión Ejecutiva. A estos órganos rectores, de dirección y de gestión hay que sumar los servicios de Gabinete y de relación con los medios de comunicación social.

expongan los aspectos meramente expositivos o didácticos que aconsejen la aplicación de las Ordenanzas.

No obstante, a diferencia de las disposiciones dictadas al amparo de la potestad reglamentaria externa, las Circulares internas y las Ordenanzas no son objeto de publicación en el BOE ni en ningún otro Boletín Oficial, si bien algunas aparecen recogidas en la web oficial del Banco de España, aunque de forma dispersa, lo que dificulta su localización. Consideramos importante, en aras de garantizar la mayor transparencia del sector, la publicidad de tales disposiciones reglamentarias que, si bien carecen de carácter estrictamente monetario, devienen fundamentales para el correcto desarrollo de las funciones del Banco de España, en especial las relacionadas con la función de supervisión. Todo ello redundaría positivamente en el incremento del nivel de confianza de los consumidores en los agentes económicos.

En suma, la regulación básica del crédito y la Banca, en su dimensión institucional, corresponde no solo al Estado y a las CC.AA., sino también, en un nivel operativo, al Banco de España. Esta potestad deriva de la propia especialización técnica que caracteriza la Institución, que permite que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o *ex lege*. Así lo ha expresado el TC reiteradamente en sus resoluciones al tratar la constitucionalidad de la potestad reglamentaria del Banco de España. Precisamente, en sus Sentencias núm. 135/1992, de 5 de octubre¹⁰⁵ y núm. 204/1993, de 17 de junio¹⁰⁶, afirma que el Banco de

¹⁰⁵ STC núm. 135/1992, de 5 de octubre, F.J. 3º. (B.D. Westlaw, RTC 1992\135).

¹⁰⁶ STC núm. 204/1993, de 17 de junio, F.J., 5º. (B.D. Westlaw, RTC 1993\204).

España forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, y como tal “*a quien corresponden 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*”¹⁰⁷.

3. Regulación legal

Dentro de las fuentes legales del sistema bancario, debemos atender en primer lugar a las fuentes de Derecho Bancario europeo, destacando su importancia en la regulación y configuración del sistema bancario de todo Estado miembro –incluyendo España y Reino Unido–, pero también por la finalidad de su contenido, que no es otro que armonizar los derechos nacionales de los Estados miembros de forma que compartan unos mínimos comunes. En segundo lugar, dentro de las fuentes legales del Derecho Bancario español, nos centraremos en la nueva Ley marco –LOSS–, que ha reestructurado y, más importante, simplificado, el entramado legal preexistente.

¹⁰⁷ STC núm. 135/1992, de 5 de octubre, F.J. 3º. Continúa diciendo que “*La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia*”.

3.1. *La regulación europea de la actividad bancaria*

El Derecho europeo en materia bancaria está formado por Directivas que regulan aspectos tanto generales de la actividad bancaria como específicos de las entidades de crédito. Así, encontramos Directivas que regulan acciones en un triple sentido¹⁰⁸:

- a) Directivas que promueven la construcción de un mercado único bancario que permita a las entidades de crédito autorizadas en un Estado miembro actuar en los restantes Estados miembros. En concreto, cumplen un doble objetivo. En primer lugar, tutelar el ejercicio de la libertad de establecimiento al amparo del artículo 49 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰⁹ (en adelante, TFUE). Y, en segundo lugar, garantizar la libre prestación de servicios de una entidad de un Estado miembro en territorio de otro Estado miembro sin necesidad de abrir sucursales en virtud del artículo 56 y siguientes del TFUE.
- b) Directivas sobre el acceso a la actividad bancaria y su ejercicio, como por ejemplo la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009¹¹⁰, *sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su*

¹⁰⁸ ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Tema II. Las fuentes del derecho bancario”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 106-110; TAPIA HERMIDA, A. J., *Derecho Bancario, op. cit.*, pp. 19-23; ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Concepto y fuentes”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, coord. por ZUNZUNEGUI PASTOR, F., Colex, Madrid, 2001, pp. 21-43 y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Armonización Bancaria”, en AA.VV., *Diccionario en términos comunitarios*, coord. por BIGLINO CAMPOS, P., McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 6-12.

¹⁰⁹ DOUE C núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹¹⁰ DO L núm. 267, de 10 de octubre de 2009.

ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

- c) Directivas sobre aspectos específicos de la actividad de las entidades de crédito, entre los que se encuentran la vigilancia de su situación consolidada; de la contabilidad, cuentas anuales y cuentas consolidadas de bancos y entidades financieras; de la solvencia de las entidades; de los sistemas de garantía de los depósitos que la clientela realiza en las entidades de crédito y, finalmente, del saneamiento y liquidación de las mismas. Algunas de estas normas europeas son la Directiva 86/635/CEE del Consejo¹¹¹, de 8 de diciembre de 1986, *relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras*; la Directiva 89/117/CEE del Consejo¹¹², de 13 de febrero de 1989, *relativa a las obligaciones en materia de publicidad de los documentos contables de las sucursales, establecidas en un Estado miembro, de entidades de crédito y de entidades financieras con sede social fuera de dicho Estado miembro* y la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹³, de 17 de mayo de 2006, *relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo.*

¹¹¹ DO L núm. 372, de 31 de diciembre de 1986.

¹¹² DO L núm. 044, de 16 de febrero de 1989.

¹¹³ DO L núm. 157, de 9 de junio de 2006.

3.2. *La regulación española de la actividad bancaria: la LOSS*

La LOSS, que entró en vigor el día 28 de junio¹¹⁴, solo un día después de su publicación en el BOE, es una norma de carácter básico al amparo de los artículos 149.1.11º y 13º de nuestra Constitución.

Esta norma responde al objetivo de adaptar nuestro ordenamiento al nuevo marco regulatorio de la Unión Europea en materia de entidades de crédito y a la necesaria armonización de cara a la constitución de la Unión Bancaria, basada en esta normativa financiera común para la constitución de los mecanismos únicos de supervisión y resolución de entidades de crédito de la zona euro. Por tanto, la LOSS contiene la regulación básica del régimen jurídico aplicable a las entidades de crédito, sin perjuicio de que puedan dictarse otras normas especiales que regulen aspectos concretos bien de un tipo específico de entidad de crédito –Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito– bien sobre la propia actividad bancaria.

La LOSS incorpora a nuestro ordenamiento el Acuerdo Basilea III¹¹⁵. Nótese que las medidas adoptadas en los Acuerdos de Basilea III, al

¹¹⁴ Aunque la mayoría de las disposiciones entraron en vigor el día 28 de junio, el siguiente a su publicación de conformidad con la DF 14ª, también establece un régimen transitorio en algunas de sus disposiciones, efectivas desde el 31 de octubre de 2014. En concreto, las relativas al régimen de incompatibilidades y limitaciones de altos cargos (artículo 26), al sistema de gobierno corporativo (artículo 29) y las que conciernen al sistema de remuneración variable (artículo 34). También las modificaciones introducidas en la Ley del Mercado de Valores sobre la autorización y requisitos de acceso de las empresas a servicios de inversión al mercado y al sistema de gobierno corporativo y remuneración de las empresas de servicios de inversión (artículo 34.1 y DF 1ª) y las relativas a la constitución de un comité de remuneraciones y nombramientos (artículo 36 y DF 1ª), si bien se mantiene la entrada en vigor a fecha de 28 de junio para las entidades que ya estuvieran obligadas a contar con dichos órganos. Finalmente, se establece un régimen transitorio para la aplicación de los colchones de capital.

igual que los de Basilea I y Basilea II¹¹⁶, son estándares prudenciales internacionales dirigidos a entidades y supervisores bancarios. Por tanto, dado que el BCBS no es una autoridad legislativa *stricto sensu*, las disposiciones que emite no constituyen normas jurídicas de obligado ni directo cumplimiento, si bien es cierto que son una valiosa fuente material en el ámbito bancario y financiero. Así las cosas, para la efectiva aplicación de los estándares adoptados por el BCBS se “requerirá su previa purificación, es decir, su incorporación a normas de Derecho positivo en las diferentes jurisdicciones en las que dicha aplicación vaya a tener a lugar”¹¹⁷. En este sentido, en 2011, gran parte de los estándares adoptados por este Acuerdo Basilea III fueron incorporados en nuestro ordenamiento a través del Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, *para el reforzamiento del sistema financiero*¹¹⁸, al que se sumó posteriormente

¹¹⁵ Las novedades introducidas por este Acuerdo versan sobre la redefinición en el concepto de recursos propios, mayores exigencias de capital de alta calidad, creación de un colchón de capital sobre los mínimos, así como otro con finalidad anticíclica, creación de una ratio complementaria de apalancamiento no ponderada y una ratio de liquidez en corto plazo.

¹¹⁶ ATIK, J., “EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis”, *Review of Banking and Financial Law*, vol. 33, 2013-2014, pp. 288-304.

¹¹⁷ MÍNGUEZ FERNÁNDEZ, F., “La estructura del marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III”, en AA.VV., *Mecanismos de gestión y prevención de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 42, Madrid, 2011, p. 87. En el mismo sentido, BRUMMER, C., “Whay Soft Law Dominates International Finance – and not Trade?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, núm. 3, 2010, pp. 623-643.

¹¹⁸ BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2011.

Esta reforma “incluyó una discriminación de los niveles (de capital), cuya intención podría ser dar una imagen reforzada de la solvencia de ciertas entidades, pero cuyo resultado inmediato ha sido incrementar la lista de entidades en déficit, ya no virtual, sino legal, y forzar un aumento de los apoyos públicos a aquéllas que no hayan podido resolverlos por sus propios medios”. POVEDA ANADÓN, R., “La respuesta del marco regulatorio español a la crisis”, en AA.VV., *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, coord. por ORTEGA FERNÁNDEZ, R., Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2011, p. 30.

el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, *de saneamiento del sector financiero*¹¹⁹ y el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*¹²⁰, derogado expresamente por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*¹²¹. Igualmente, las disposiciones de este Acuerdo entraron en vigor en Australia¹²² el 1 de enero de 2013,

¹¹⁹ BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2012.

Sobre esta norma, véanse, GARCÍA MARTÍNEZ, F., “El Real Decreto-Ley 2/2012 de Saneamiento del Sector Financiero”, *Partida doble*, núm. 242, 2012, pp. 14-21; CARRASCOSA, A. y DELGADO ALFARO, M., “Saneamiento y reestructuración del sector financiero”, *Economistas*, núm. 138-139, 2014, pp. 69-74 y DÍAZ MORENO, A., “Saneamiento del sector financiero”, *Derecho de los negocios*, Año 23, núm. 259, 2012, pp. 28-31.

¹²⁰ BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2012.

¹²¹ BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012.

Sobre esta regulación, véanse, URBANEJA CILLÁN, J., “La reestructuración del sistema financiero español. El proceso de reforma tras la asistencia financiera a la banca española”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 32, 2014, pp. 1-46; ÁVILA ORIVE, J. L., “Reestructuración y resolución de entidades de crédito ex Ley 9/2012 y expropiación forzosa”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 19, 2013, pp. 47-63; VICENT CHULIÁ, F., “La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 18, 2013, pp. 23-49; ALBUERNE, C., “La reestructuración de entidades de crédito”, *Uría Menéndez. Especial reformas estructurales*, extraordinario-2012, pp. 7-17. Documento disponible en línea: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3599/documento/a1.pdf?id=4406>, consultado el día 18 de agosto de 2014 y UGENA TORREJÓN, R. y PÉREZ CAJAL, C., “La reforma del régimen de reestructuración y resolución de las entidades de crédito”, en AA.VV., *Cuadernos de derecho para ingenieros*, coord. por AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., vol. 20, 2009, pp. 55-72.

¹²² BCBS, *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP). Assessment of Basel III Regulations –Australia*, Bank for International Settlements, marzo 2014, disponible en: http://www.bis.org/bcbs/implementation/12_au.pdf, consultado el día 12 de agosto de 2014 y RBA, “The Basel III. Capital Reforms in Australia”, *Financial Stability Review*, 2013, pp. 36-38.

incorporadas por la APRA en la norma *Prudential Standards for authorised deposit-taking institutions (ADIs)*¹²³.

No obstante, a nivel europeo, estos Acuerdos fueron trasladados al ordenamiento jurídico mediante el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012*¹²⁴ (en adelante, Reglamento 575/2013) y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE*¹²⁵, (en adelante, Directiva 2013/36/UE), cuya transposición a nuestro ordenamiento se inició con el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, *de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras*¹²⁶.

¹²³ El contenido de estas disposiciones está disponible en: <http://www.apra.gov.au/adi/PrudentialFramework/Pages/prudential-standards-and-guidance-notes-for-adis.aspx>, consultado el día 12 de agosto de 2014.

Para un estudio general de la regulación bancaria en Australia, véase, por todos, MCCOACH, L. y LANDY, D., “Chapter 4. Australia”, en AA.VV., *The Banking Regulation Review*, ed. por PUTNIS, J., Law Business Research, 5ª ed., Reino Unido, 2014, pp. 66-114.

¹²⁴ DOUE L núm. 176, de 27 de junio de 2013.

¹²⁵ DOUE L núm. 176, de 27 de junio de 2013.

¹²⁶ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2013.

En Reino Unido¹²⁷, la transposición de estas disposiciones tuvo lugar el 31 de julio de 2014, a cargo de la FCA, incorporándose en el denominado *Handbook* de la propia Institución¹²⁸.

En suma, la LOSS refunde en un único texto las principales normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, para lo cual deroga expresamente las disposiciones siguientes:

- a) Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946¹²⁹.
- b) Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada¹³⁰.
- c) Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros¹³¹.
- d) Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de

¹²⁷ Para mayor información sobre el proceso de transposición de estas normas en el derecho inglés, véase, <http://www.betterregulation.com/ie/implementation-crd-iv-uk>, consultada el día 12 de agosto de 2014.

¹²⁸ Documento disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/FCA/>, consultado el día 15 de agosto de 2014.

¹²⁹ BOE núm. 1, de 1 de enero de 1947.

Esta Ley derogó la conocida como Ley Cambó (Ley de Ordenación Bancaria de 1921), primera legislación bancaria en sentido estricto que además inició el control público de la actividad bancaria, esto es, el sometimiento de las entidades de crédito a la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada y del Consejo Superior Bancario. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., “Tema I. La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 51-53.

¹³⁰ BOE núm. 181, de 29 de julio de 1968.

¹³¹ BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1985.

crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea¹³².

- e) Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito¹³³ (en adelante, LDIEC).
- f) El apartado 2 del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹³⁴ (en adelante, LES).
- g) El apartado g) de la Disposición final decimotercera de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹³⁵.

La LOSS introduce varias novedades importantes, empezando por la actualización del concepto de entidad de crédito, estableciendo su actividad y su régimen jurídico –concretado por las disposiciones de ordenación y disciplina¹³⁶–, incluyendo las normas sobre su autorización,

¹³² BOE núm. 155, de 30 de junio de 1986.

¹³³ BOE de 30 de julio de 1988. Esta Ley constituyó un elemento esencial en la ordenación legal del sistema financiero español, siendo una respuesta a las graves deficiencias que, a tenor de su preámbulo, caracterizaban al ordenamiento anterior, enorme dispersión y variedad de disposiciones, y falta de acomodación al principio de legalidad sancionatoria que enuncia la Constitución. Simultáneamente, la Ley sigue la política promovida por la Comunidad Europea de impulsar un marco común de supervisión de las entidades financieras.

¹³⁴ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

¹³⁵ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

¹³⁶ Tras la aprobación de la LOSS, tendrán la consideración de normas de ordenación y disciplina las siguientes normas:

- La propia LOSS y las disposiciones que la desarrollen
- El Reglamento 575/2013
- El resto de normas del ordenamiento jurídico español y del Derecho de la Unión Europea que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito.

registro y revocación. Al respecto, destaca la ampliación de las competencias del Banco de España en materia de autorización y revocación de la creación de una entidad de crédito. Además, supone un gran avance en materia de gobierno corporativo, con el objetivo de mejorar y optimizar su eficiencia además de controlar la política de remuneraciones. También introduce novedades en materia de supervisión¹³⁷ y solvencia de las entidades de crédito, con la finalidad de evitar futuras crisis como la vivida actualmente, e igualmente modifica el régimen sancionador.

Por último, en lo que aquí concierne, destacamos las novedades introducidas en materia de protección del consumidor financiero¹³⁸ de conformidad con su artículo 5. En línea con el artículo 29.2 de la LES, se habilita al Ministro de Economía y Competitividad para dictar las normas sobre transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios. Expresamente queda facultado para aprobar disposiciones relativas, en primer lugar, a la información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan su seguimiento; en segundo lugar, a la

¹³⁷ A partir de la entrada en vigor y completa efectividad del Mecanismo Único de Supervisión en la Unión Europea, el Banco de España habrá de ejercer sus funciones de supervisión de entidades de crédito en cooperación y sin perjuicio de las competencias que serán directamente atribuidas al Banco Central Europeo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) No 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, *que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito*. (DOUE L núm. 287, de 29 de octubre de 2013).

¹³⁸ CARRASCO PERERA, A., “Normativa sobre protección del consumidor financiero contenida en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 146-150.

transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios ofertados; en tercer lugar, a los principios y criterios a los que debe quedar sujeta la publicidad bancaria y, en cuarto lugar, a las especialidades de la contratación de productos o servicios bancarios de forma electrónica o a distancia. Asimismo, podrá dictar disposiciones que favorezcan la comercialización de lo que se ha venido denominando “préstamo responsable”.

Finalmente, es necesario traer a colación la Disposición Adicional vigésima, (en adelante, DA) donde se exige al Gobierno, en *pro* de mejorar la protección del cliente bancario, en especial del deudor hipotecario –consecuencia también de la grave crisis hipotecaria de nuestro país–, la remisión a las Cortes Generales¹³⁹ 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 (UE) n.º 1093/2010*¹⁴⁰. Asimismo, el Gobierno evaluará, para su posible inclusión en dicho proyecto de ley, las posibilidades de mejora del actual sistema institucional de protección del cliente, así como las alternativas para potenciar la eficacia de los actuales servicios de reclamaciones, defensores del cliente y servicios de atención al cliente.

¹³⁹ Para el cumplimiento de esta obligación le concede el plazo de un año desde la entrada en vigor de la propia norma, hasta el día 28 de junio de 2015.

¹⁴⁰ DOUE L núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

4. Regulación administrativa y reglamentaria

La propia Disposición Final decimotercera de la LOSS determina el título competencial para el desarrollo reglamentario del propio texto. En concreto, establece que el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) podrán hacer uso, de conformidad con sus respectivos ámbitos de competencia, que ya expusimos previamente, de las opciones que se atribuyen a las autoridades competentes nacionales en el Reglamento 575/2013.

Además de la habilitación del Banco de España, faculta expresamente al Ministro de Economía y Competitividad para dictar las disposiciones necesarias para modificar el Anexo de esta Ley de conformidad con lo que al respecto se determine en el Derecho de la Unión Europea. Esta habilitación deriva de la extensión del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno recogida en el artículo 97 de la Constitución¹⁴¹, justificada por la realidad de nuestros días caracterizada por la carga de trabajo que desbordaría al Gobierno¹⁴² si no cediera alguna de sus competencias reglamentarias a otros organismos de la Administración Pública. A tal efecto, expresamente se habilitó al Consejo de Ministros con la potestad reglamentaria, de conformidad con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno¹⁴³, correspondiendo a los

¹⁴¹ El contenido del artículo 97 de la Constitución es el que sigue: “*El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*”. (Énfasis añadido).

¹⁴² RALLO LOMBARTE, A. V., *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 195.

¹⁴³ BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

Ministros “*ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento*” [artículo 4.1.b)].

En consecuencia, en materia de ordenación del crédito y la banca, el Ministro de Economía tiene competencia para aprobar proyectos de ley, Reales Decretos-leyes y Reales Decretos Legislativos. Jerárquicamente en un nivel inferior a estas disposiciones se sitúa la denominada Orden Ministerial, norma reglamentaria que emana de cualquiera de los Ministros del Gobierno del Estado, a nivel individual, en los asuntos propios de su departamento y las comisiones delegadas del Gobierno.

Respecto de las disposiciones reglamentarias dictadas en materia de protección y defensa de los derechos e intereses económicos de la clientela bancaria, merece destacarse –además de las nuevas normas que puedan dictarse al amparo de la habilitación al Ministro de Economía y Competitividad recogida en el artículo 5 de la LOSS–, y aunque la trataremos con mayor profundidad en apartados posteriores, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*¹⁴⁴, (en adelante, Orden de transparencia y protección de 2011), cuyo objeto es garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios. Esta norma habilita al Banco de España para que dicte las normas precisas para el desarrollo y ejecución de esta Orden. En consecuencia, el Banco de España ha aprobado la Circular 5/2012, de 27 de junio, *a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre*

¹⁴⁴ BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

*transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*¹⁴⁵ (en adelante, Circular del Banco de España 5/2012, de servicios de pago). Esta Circular contiene las normas precisas para el desarrollo y ejecución de las disposiciones de la Orden de transparencia y protección de 2011, así como las obligaciones de información de los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa, de conformidad con lo dictado por el artículo 3 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, *sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago*¹⁴⁶ (en adelante, Orden sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago).

Finalmente, en relación con los procedimientos de resolución de reclamaciones de los clientes bancarios interpuestas contra las entidades de crédito, el Ministerio de Economía y Competitividad ha elaborado la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, *por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*¹⁴⁷ (en adelante, Orden ECC/2502/2012). Esta Orden Ministerial busca mejorar la eficacia del funcionamiento de los servicios de reclamaciones y, con ellos, fomentar la aplicación efectiva de la normativa de protección del usuario de servicios financieros y las buenas prácticas en el sector

¹⁴⁵ BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012.

¹⁴⁶ BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010.

¹⁴⁷ BOE núm. 281, de 22 de noviembre de 2012.

financiero, al tiempo que se aumenta el nivel de seguridad jurídica en las relaciones entre entidades y clientes.

IV. ÁMBITO SUBJETIVO: LAS PARTES DEL CONTRATO

Los contratos bancarios en los que vamos a centrar nuestro estudio son aquellos que han sido celebrados con la clientela. Por ello, el ámbito subjetivo de tales contratos lo conforman, de una parte, las entidades de crédito y, de otra, los usuarios de servicios financieros.

1. Entidad de crédito

Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. Es la correcta denominación de lo que comúnmente se conoce como entidad bancaria¹⁴⁸, aunque también es identificada con otros títulos tales como “entidad financiera”, “entidad de depósito” o “intermediario financiero”.

¹⁴⁸ “El elemento subjetivo «entidad de crédito» trasciende a lo que sería la presencia de las tradicionales «entidades bancarias», a la vez que amplía el ámbito de las figuras de la contratación bancaria en torno al crédito, pero sin desplazar la presencia de la intermediación en el mismo como elemento caracterizador de la bancariedad, aunque no se produzca en todas aquéllas de la misma manera ni siempre sea clara la sola presencia en el contenido de los contratos bancarios de prestaciones financieras de carácter activo o pasivo desde el punto de vista de la entidad de crédito, a la vez que se hace necesario resaltar la presencia creciente de otras actividades bancarias que van adquiriendo un relieve que tiende a disminuir su consideración como simples actividades conexas a la intermediación crediticia y que van adquiriendo una sustantividad diferenciada en torno, básicamente, a los mercados de valores”. SEQUEIRA MARTÍN, A., “Introducción”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, p. 26.

Encontramos no pocas explicaciones y enumeraciones entre la doctrina sobre el contenido y alcance de la noción de entidad de crédito, pero destacamos la proporcionada por FERNÁNDEZ ARMESTO Y DE CARLOS¹⁴⁹, pues define acertada aunque escuetamente las actividades fundamentales de las entidades de crédito como agentes del mercado del crédito. En este sentido, esta definición descansa sobre dos pilares: el primero en relación al hecho de que la actividad consiste en la recepción de fondos del público en forma de préstamo, en un sentido económico, y la aplicación de los mismos por la propia entidad de crédito en forma de préstamos o créditos concedidos a otros clientes. El segundo pilar redundaba en la habitualidad y tipicidad de las actuaciones, pues deviene consustancial a su existencia.

Asimismo, es menester señalar que el propio concepto de entidad de crédito ha sufrido una transformación¹⁵⁰, causada por la necesidad de adaptación de las disposiciones reguladoras a la realidad económica y social. Así las cosas, de conformidad con el artículo primero del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, *por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea*¹⁵¹, se entendía por “establecimiento de crédito” *“toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras*

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ ARMESTO, J. y DE CARLOS, L., *El Derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 124-126.

¹⁵⁰ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., “Tema I. La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria, op. cit.*, pp. 59-61 y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO: *Manual Jurídico de las Operaciones Bancarias*, tomo I, EDIT-IN, Madrid, 2001, pp. 111-112.

¹⁵¹ BOE núm. 155, de 30 de junio de 1986.

análogas, que llevan aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos”. Posteriormente, la LDIEC tuvo un especial cuidado en precisar las entidades sujetas a sus normas de disciplina e intervención, quedando definidas las entidades de crédito como *“toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”.* Expresamente conceptuó como tales las siguientes: el Instituto de Crédito Oficial y las Entidades Oficiales de Crédito, integradas por los Bancos privados, las Cajas de Ahorro, las Cooperativas de crédito y los Establecimientos Financieros de crédito, entre ellos, las Sociedades de Crédito Hipotecario, las Entidades de Financiación, las Sociedades de Arrendamiento Financiero y las Sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero. Asimismo, el artículo 41 de la LDIEC extendió la responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en su Título I a las Sociedades de Garantía Recíproca y a las Sociedades de Reafianzamiento.

De conformidad con la redefinición de la clasificación introducida por la LOSS, actualmente tienen la consideración de entidades de crédito¹⁵²:

¹⁵² Se pueden consultar los datos disponibles de las entidades de crédito supervisadas por el Banco de España en su propio Registro Oficial de entidades, actualizado a fecha 1 de agosto de 2014 y accesible en línea: <http://app.bde.es/ren/html/inicio.htm>, consultado el 5 de agosto de 2014.

- a) Los bancos.
- b) Las cajas de ahorros.
- c) Las cooperativas de crédito.
- d) El Instituto de Crédito Oficial.

Como se observa, los establecimientos financieros de crédito¹⁵³ pierden la condición de entidades de crédito¹⁵⁴. Se trata de entidades cuyo ámbito de actuación es limitado, reduciéndose a operaciones de *leasing* o arrendamiento financiero con opción de compra, *factoring* o cesión de una cartera de créditos, crédito al consumo, crédito hipotecario, tarjetas, avales, etc., pero carecen de la facultad de captar fondos del público. Su exclusión como entidades de crédito sigue la línea del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, *de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras*¹⁵⁵, en concreto, a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento 575/2013. Así pues, la pérdida de condición como entidad de crédito no implica que queden exentos de ser

¹⁵³ Su régimen jurídico está contenido en el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (BOE núm. 126, de 24 de mayo de 1996).

¹⁵⁴ Al principio de la regulación, actuaban bajo la denominación de “entidades de crédito no bancarias” o “no de depósito”, si bien técnicamente recibían el nombre de “entidades de crédito de ámbito operativo limitado”. Bajo esta calificación quedaban incluidas las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero, entre otras. Su transformación a establecimientos financieros de crédito se produjo con la aprobación de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *de adaptación de la legislación española en materia de entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, en materia de establecimientos financieros de crédito*. (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994).

¹⁵⁵ BOE núm. 287 de 30 de Noviembre de 2013.

regulados ni supervisados, más bien al contrario, pues contamos ya con un Anteproyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial¹⁵⁶ cuyo Título II diseña un nuevo régimen jurídico para los establecimientos financieros del crédito, que estarán orientados a la financiación empresarial y especialmente del consumo minorista como canal alternativo a la financiación estrictamente bancaria.

Respecto de otros ordenamientos, cabe destacar que la clasificación de las entidades de crédito en los países anglosajones es mucho más simple. Así, por ejemplo, en Reino Unido se distinguen, principalmente para el sector bancario¹⁵⁷, tres grupos de entidades: los bancos (*Banks*), las sociedades de crédito hipotecario (*Building societies*) y las Cooperativas de crédito, conocidas comúnmente con el nombre de Cajas Populares (*Credit Unions*).

En Australia, por su parte, las entidades de crédito reciben la denominación –que consideramos más adecuada a la actividad que realizan– de *authorised deposit-taking institution* (en adelante, ADI), clasificándolas, al igual que Reino Unido, entre bancos (*Banks*), sociedades de crédito hipotecario (*Building societies*) y cooperativas de crédito (*Credit unions*), si bien también aquí también se incluyen otras clases de entidades, de ámbito de actuación mucho más reducido, entre las que se encuentran las instituciones especializadas en tarjetas de crédito

¹⁵⁶ El contenido de este Anteproyecto está disponible en: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2014/140228_sleg6607.pdf, consultado el día 15 de agosto de 2014.

¹⁵⁷ DAVIES, R., RICHARDSON, P., KATINAITE, V. y MANNING, M., “Evolution of the UK system”, *Quarterly Bulletin*, 2010, Q4, pp. 321-325.

(*Specialist Credit Card Institutions*) y en sistemas de pagos (*Providers of Purchased Payment Facilities*)¹⁵⁸.

En todo caso, las personas físicas o jurídicas –normalmente serán estas últimas–, nacionales o extranjeras, deben reunir tres requisitos formales para desarrollar una actividad crediticia o de intermediación financiera en concreto, esto es, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas. En primer lugar, deben ser entidades cuya supervisión corresponda al Banco Central Nacional –Banco de España o *Bank of England*¹⁵⁹– o a la Autoridad Supervisora competente –APRA en Australia–; en segundo lugar, deben haber sido objeto de inscripción en los registros oficiales de las entidades de crédito de tales instituciones –complemento lógico e indispensable de la ordenación estatal del crédito– y, en tercer lugar, deben contar con una autorización administrativa oficial previa¹⁶⁰, evitándose así los establecimientos clandestinos¹⁶¹, que operan totalmente al margen del

¹⁵⁸ La lista de las entidades autorizadas por la APRA como ADIs, actualizada a fecha de 10 de julio de 2014, puede verse en: <http://www.apra.gov.au/adi/Pages/adilist.aspx>, consultada el día 12 de agosto de 2014.

¹⁵⁹ La lista de instituciones del sector bancario registradas de Reino Unido puede consultarse en: <http://www.bankofengland.co.uk/statistics/pages/reporters/institutions/default.aspx>, consultada el día 12 de agosto de 2012.

¹⁶⁰ Este control sobre el acceso a la actividad bancaria y sobre la estructura de las entidades de crédito viene justificado por la enorme trascendencia que, sobre el sistema financiero, poseen las operaciones bancarias. PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación bancaria española*, Banco de España, Madrid, 1983, p. 3.

¹⁶¹ La lucha contra esta clase de establecimientos constituye un elemento básico de la ordenación del crédito, por lo que es el Estado quien tiene la competencia para dictar cuantas disposiciones sean necesarias “*dada la interdependencia de la regulación en todo el territorio nacional, la dificultad de encuadrar las entidades clandestinas en los*

ordenamiento financiero. Ahora bien, como toda regla general, cuenta con una excepción. En efecto, no requerirán la autorización oficial previa aquellas entidades bancarias que ya tienen permiso en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre y cuando el organismo supervisor correspondiente haya comunicado al Banco de España que van a operar en España.

1.1. Autorización administrativa previa

Sabemos que la competencia de la creación y constitución de nuevas entidades de crédito recae sobre la Administración Pública, concretamente sobre el Banco de España. Ello se concreta en una de las potestades de este intervencionismo del Estado¹⁶² como es la concesión de una autorización administrativa previa al ejercicio de la actividad bancaria¹⁶³

distintos tipos de entidades de crédito, y la gravedad que presentan estas conductas para el principio de confianza en el sistema financiero en su conjunto” [SSTC núm. 96/1996 de 30 mayo, F.J., 16º (B.D. Westlaw, RTC 1996\96); núm. 178/1992, de 13 de noviembre, F.J. 2º (B.D. Westlaw, RTC 1992\178) y núm. 1/1982, de 28 de enero, F.J. 1º (B.D. Westlaw, RTC 1982\1)].

Sin embargo, ello no es óbice a que las Comunidades Autónomas recurrentes ejercitar sus competencias sobre el uso de denominaciones reservadas a las Cajas de Ahorro y a las Cooperativas de crédito. [STC núm. 108/1993, de 25 de marzo, F.J. 3º. (B.D. Westlaw, RTC 1993\108)].

¹⁶² MUÑOZ MACHADO designa esta autorización bancaria como uno de los casos más significados de lo que denomina “regulación mediante autorizaciones”. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2006, p. 1230.

¹⁶³ “*La autorización estatal para la creación de nuevas entidades financieras o de crédito, que no excluye otras intervenciones administrativas, y entre ellas, la autonómica, no puede considerarse ajena al ámbito competencial estatal sobre las bases de la ordenación del crédito*” [STC núm. 235/1999, de 16 de diciembre, (B.D. Westlaw RTC 1999\235)] por cuanto también “*pueden quedar comprendidos en su ámbito los actos ejecutivos, actos administrativos singulares en cuanto resulten necesarios para la preservación de lo básico o para garantizar, con carácter complementario, la consecución de los fines inherentes a la regulación básica*” [SSTC núm. 87/1993, de 11

tanto para la creación de entidades de crédito como para la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión¹⁶⁴.

Del mismo modo que tiene competencia para autorizar, también la tiene para revocar la autorización concedida a una entidad en unos supuestos concretos y tasados en la propia LOSS¹⁶⁵, a saber:

- a) Si la entidad interrumpe las actividades específicas de su objeto social durante un período superior a seis meses.
- b) Si la autorización se obtuvo por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular.
- c) Si la entidad incumple las condiciones que motivaron la autorización, salvo que haya prevista otra consecuencia o sanción en la propia normativa de ordenación y disciplina.
- d) Si la entidad deja de cumplir los requisitos prudenciales que se establecen en las partes tercera, cuarta y sexta del Reglamento 575/2013, o impuestas en la propia LOSS, o comprometa la capacidad de reembolso de los fondos que le han confiado los

de marzo, (B.D. Westlaw RTC 1939\87) y núm. 135/1992, de 5 de octubre (B.D. Westlaw RTC 1992\135)].

¹⁶⁴ Sobre el procedimiento de creación en España de nuevas entidades de crédito y establecimiento de sucursales y prestación de servicios por entidades de crédito no autorizadas previamente en un Estado miembro de la UE, así como el de apertura de nuevas sucursales en el territorio nacional por las entidades de crédito españolas, véase, por todos, CALVO BERNARDINO, A., PAREJO GÁMIR, J. A., RODRÍGUEZ SÁIZ, L. y CUERVO GARCÍA, A., *Manual de sistema financiero español*, Ariel, Barcelona, 2005, pp. 223-225.

¹⁶⁵ Los artículos 6 a 10 recogen las disposiciones relativas a la autorización administrativa de toda entidad de crédito.

depositantes o no ofrezca garantía de poder cumplir sus obligaciones con acreedores.

e) Cuando se le imponga la sanción de revocación.

f) Con carácter excepcional, cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa de la entidad pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente.

g) Si la entidad es excluida del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

h) Cuando se hubiera dictado resolución judicial de apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal.

En consecuencia, estamos ante una autorización de triple naturaleza¹⁶⁶. En primer lugar, es una autorización operativa por cuanto desempeña una función de control, de orientación o dirección de la actividad del autorizado. En segundo lugar, se trata de una autorización de funcionamiento que no se agota en el acto autorizatorio, pues debe seguir tutelando la compatibilidad de la actividad realizada por la entidad de crédito con el interés público. Por último, es una autorización de naturaleza mixta en la medida en que la Administración Pública valora tanto aspectos materiales como aspectos subjetivos para su concesión.

¹⁶⁶ VEGA SERRANO, J. M., *La regulación bancaria, op. cit.*, pp. 87-92.

1.2. Bancos

Los bancos constituyen la entidad de crédito por excelencia. Su regulación específica se encuentra en el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, *sobre creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito*¹⁶⁷ (en adelante, Real Decreto 1245/1995). Esta regulación hace referencia a la creación de “bancos”, ya no de “bancos privados”¹⁶⁸ como sí hacía su antecesora, eliminándose la distinción entre bancos privados y bancos públicos como el Banco Exterior¹⁶⁹. Modificación presente en nuestro ordenamiento desde 1994 con la aprobación de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *de adaptación de la legislación española en materia de entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, en materia de establecimientos financieros de crédito*¹⁷⁰.

El elemento distintivo de los bancos respecto de las Cajas de Ahorros o de las Cooperativas de Crédito es su configuración como sociedad anónima, constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida, si bien sus requisitos la definen

¹⁶⁷ BOE núm. 181, de 31 de julio de 1995.

¹⁶⁸ Sin embargo, resulta curioso como el Banco de España, al clasificar la normativa sobre entidades de crédito, continúa denominándolos “bancos privados” a pesar de que incluso el nuevo régimen jurídico introducido por la Ley 10/2014 también alude a la figura de los “bancos” como entidad de crédito, sin distinguir entre bancos públicos o privados. Véase la base de datos de normativa del Banco de España, http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/Estatal.html, consultada el día 14 de agosto de 2014.

¹⁶⁹ Sobre esta modificación, véase, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca Pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, op. cit., pp.101-103.

¹⁷⁰ BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994.

como una sociedad anónima especial frente a la sociedad anónima de derecho común. Entre las especialidades de su régimen jurídico destaca, en primer lugar, la limitación estatutaria de su objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito. En segundo lugar, la exigencia de un capital social mínimo de 18 millones de euros desembolsado íntegramente y representado en acciones nominativas o anotaciones en cuenta, debiendo contar además con una cifra de recursos propios no inferior a la cifra de capital social mínimo. En tercer lugar, debe contar con un Consejo de Administración como estructura obligatoria del órgano de Administración, integrado por no menos de cinco miembros, de reconocida honorabilidad comercial y profesional¹⁷¹,

¹⁷¹ Concurre “*honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad*”, de conformidad con el artículo 2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE núm. 181, de 31 de julio de 1995), en su redacción por el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, *por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave* (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2013).

Asimismo, el propio Banco de España ha elaborado –y publicado– el “cuestionario sobre honorabilidad y buen gobierno”, cuyo objetivo es recopilar datos sobre los requisitos de honorabilidad profesional y de buen gobierno de los administradores, directores generales y asimilados. Este documento está accesible en línea: https://sedeelectronica.bde.es/f/websede/content/IFI/Tramites/Archivos/Ficheros/Cuestionario_honorabilidad_buen_gobierno.pdf, consultado el día 18 de agosto de 2014.

Sobre el significado de esta honorabilidad, véase, BARBA, S., “La Evaluación Del Consejo De Administración Como Instrumento Al Servicio Del Gobierno Corporativo”, *InDret*, vol. 2, 2014; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Proyecto de Real Decreto por el que se modifican los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno en las entidades de crédito”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 32, núm. 129, 2013, p. 330 y GARRIGUES, “Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros de los órganos de administración y de los titulares de funciones clave”,

con los conocimientos y experiencia adecuados para desempeñar sus funciones y ejercer un buen gobierno de la entidad. Para garantizar la diligencia de la gestión y evitar posibles conflictos de intereses, se les niega la posibilidad de compatibilizar este cargo con puestos similares en otros Bancos o ser parte de más de cuatro Consejos de administración de distintas sociedades. Por último, destacamos la necesidad de inscribir las modificaciones estatutarias en un Registro Especial del Banco de España¹⁷².

Igualmente, los bancos deben contar con una organización administrativa y contable adecuada, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen una gestión “sana y prudente” de la entidad, tal y como se exige en el artículo 2.1 del Real Decreto 1245/1995. Asimismo, además de la normativa general sobre entidades de crédito y la específica diseñada en este Real Decreto, le será de aplicación las disposiciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*¹⁷³ (en adelante, LSC). En consecuencia, las características generales, el proceso fundacional, el régimen de aportaciones, la organización societaria, la modificación de los estatutos, las cuentas anuales y los procesos de transformación, fusión, escisión y liquidación, entre otros, serán en gran medida regulados por la LSC.

Novedades Mercantil, núm. 5, 2013. Documento disponible en línea: <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Novedades/Documents/Novedades-Mercantil-5-2013.pdf>, consultado el día 18 de agosto de 2014.

¹⁷² Véase la Circular del Banco de España 7/1993, de 27 de abril, *a Entidades de crédito, sobre Registro Especial de Estatutos* (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1993).

¹⁷³ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

1.3. Cajas de Ahorros

Las Cajas de Ahorros¹⁷⁴ son, por definición, entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuyo objeto social se orienta principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas.

Su ámbito de actuación queda limitado al territorio de una Comunidad Autónoma, si bien es posible actuar en varias CC.AA. siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí. Así pues, en esta delimitación de la competencia autonómica en materia de Cajas de Ahorros y Cooperativas concurren especiales circunstancias características, que no se dan normalmente en el caso de los bancos, como son la tradicional vinculación de aquellas entidades con determinados ámbitos territoriales (CC.AA., provincias o incluso regiones), su naturaleza u origen fundacional y la frecuente vinculación o arraigo de aquellas entidades a los fines públicos o institucionales de los entes fundadores de las respectivas CC.AA.¹⁷⁵.

¹⁷⁴ En general sobre estas entidades de crédito, véanse, por todos, GUILLÉN CARAMÉS, J., “Reflexiones acerca del nuevo régimen jurídico de las Cajas de Ahorros”, en AA.VV., *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, coord. por REBOLLO PUIG, M., Iustel, España, 2012, pp. 615-626; IBARRONDO DÁVILA, P. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, J., “Tendencias estratégicas de las cajas de ahorro y las cajas rurales españolas”, *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 119-142; UREÑA SALCEDO, J. A., *La influencia pública en las Cajas de ahorros*, Marcial Pons, Madrid 2005 y CASARES MARCOS, A. B., *Cajas de Ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

¹⁷⁵ SSTC núm. 48/1988, de 22 de marzo (B.D. Westlaw RTC 1988\48) y núm. 49/1988, de 22 de marzo (B.D. Westlaw RTC 1988\49).

Así las cosas, además de por su carácter y naturaleza fundacional, las Cajas de Ahorros se caracterizan por estar sometidas a un doble régimen jurídico, estatal y autonómico, de ahí la conflictividad con respecto al título competencial expuesto *supra*.

Por un lado, el régimen jurídico estatal de las Cajas de Ahorros está integrado por dos tipos de disposiciones, por cuanto responden a una doble naturaleza como entidades de crédito en general, y como entes de naturaleza fundacional y fin social en particular. En primer lugar, quedan sujetas a la normativa general sobre entidades de crédito contenida en la LOSS y, en segundo lugar, a la regulación sectorial de las Cajas de Ahorros, conformada, a su vez, por dos normas: la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, *de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*¹⁷⁶ y el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, *sobre cuotas participativas de las cajas de ahorros*¹⁷⁷.

Por otro lado, dentro de la regulación autonómica existen tanto normas de rango legal como reglamentario, que se encargan del régimen general de las Cajas de Ahorros en las respectivas CC.AA., así como de

Por ello, no puede pretenderse una asimilación mecánica o automática, desde la perspectiva competencial, entre Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito, por una parte y los Bancos y otras entidades del sector financiero por otra, de modo que el ámbito competencial estatutariamente asumido por las Comunidades Autónomas haya de ser, por imperativo constitucional, idéntico en ambos casos. Por ende, tampoco puede aceptarse que todas aquellas potestades reconocidas a las Comunidades Autónomas, bien en materia de creación y organización de dichas entidades crediticias, bien en lo relativo a su control, disciplina e intervención, habrían de extenderse igualmente a las restantes entidades del sector del crédito. [STC núm. 96/1996, de 30 mayo, F.J. 21º. (B.D. Westlaw RTC 1996\96)].

¹⁷⁶ BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013.

¹⁷⁷ BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2004.

aspectos concretos como los exigidos para su creación, estatutos y protección a la clientela, entre otros¹⁷⁸.

Las Cajas de Ahorros presentan ciertas similitudes con los bancos tales como los requisitos de constitución o de fondo dotacional, si bien difieren de los mismos en otros aspectos por cuanto constituyen entes de carácter social, mutualista¹⁷⁹, cuya razón de ser principal queda englobada bajo el concepto de “Obra social”, en la que se invertirá la parte de resultados obtenidos una vez satisfechas las reservas y provisiones así como otras obligaciones legal o reglamentariamente establecidas.

Por último, las Cajas de Ahorros cuentan con su propia estructura orgánica. En este sentido, las tareas de administración, gestión, representación y control de las entidades son competencia de los órganos de gobierno, integrados, a su vez, por tres clases de órganos. El primero, la Asamblea general, órgano supremo de la Caja de Ahorros, cuyos miembros –denominados consejeros generales– representan los intereses de los municipios, entidades fundadoras, impositores y empleados y, en su caso, de la Comunidad Autónoma si así lo establece la norma autonómica

¹⁷⁸ Puede consultarse la lista de la normativa vigente autonómica reguladora de las Cajas de Ahorros, tanto de los aspectos generales como específicos, en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Autonómica/Cajas_de_ahorros/Cajas_de_ahorros.html, consultada el día 14 de agosto de 2014.

¹⁷⁹ ARIÑO ORTIZ señala los siguientes problemas estructurales de las Cajas de Ahorros: 1) un problema de identidad, que ni el legislador ni el tribunal Constitucional han querido afrontar seriamente; 2) un problema de legitimación de las decisiones, ante la ausencia de derechos de propiedad sobre ellas; 3) un problema de politización que va acompañado por un conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la hora de regularlas y dirigirlas; 4) un problema de capitalización y solvencia, especialmente importantes en la coyuntura económica actual; y 5) un problema de responsabilidad, que da lugar en ocasiones a comportamientos inadecuados. ARIÑO ORTIZ, G., *La necesaria reforma de la Ley de Cajas de Ahorros*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010, p. 21.

correspondiente. Las funciones que desempeñan son similares a las atribuidas a la Junta de Accionistas de una entidad bancaria. El segundo es el Consejo de administración, encargado de la administración y gestión financiera, así como la de la obra social de la caja de ahorros. Está integrado por un número de miembros no inferior a cinco ni superior a quince, –designados con la nomenclatura de vocales, en su mayoría independientes–, determinado de acuerdo con el principio de proporcionalidad en función de la dimensión económica de la propia entidad. Finalmente, el tercer órgano de gobierno se denomina Comisión de control, cuya función consiste en fiscalizar el procedimiento electoral, la obra social y las actividades realizadas por el Consejo de Administración. Es el órgano de gobierno con menor número de representantes, que oscilara entre tres y siete –también llamados vocales–, debiendo ser, como mínimo, la mitad independientes.

1.4. Cooperativas de crédito

Al igual que las Cajas de Ahorros, las Cooperativas de Crédito¹⁸⁰ también se someten a un doble régimen jurídico. Así, por un lado, rigen

¹⁸⁰ Sobre las Cooperativas de Crédito, en general, véanse, SOLER TORMO, F., y MELIÁN NAVARRO, A., “Cooperativas de crédito y banca social: viejas y nuevas respuestas éticas y solidarias a problemas de siempre”, *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, núm. 109, 2012, pp. 45-80; CORTÉS GARCÍA, F. J. y BELMONTE UREÑA, L. J., “La base social de las cooperativas de crédito. La importancia de la responsabilidad social corporativa”. *Revista de Estudios Empresariales*, núm. 2, 2010, pp. 35-53; MELIÁN NAVARRO, A., “Divergencias legislativas de las secciones de crédito de las cooperativas en España”, *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 51, 2005, pp. 131-166; CONDE RODRÍGUEZ, C., “Las cooperativas de crédito en España”, *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, núm. 61, 1995, pp. 127-140 y MUÑOZ VIDAL, A. B., “Derecho público y privado en la regulación de las cooperativas de crédito”, *Estudios cooperativos*, núm. 47, 1979, pp. 37-66.

las normas estatales, constituidas, además de por la norma general sobre entidades de crédito, por la Ley 13/1989, de 26 de mayo, *de Cooperativas de Crédito*¹⁸¹, el Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito*¹⁸² y la Ley 27/1999, de 16 de julio, *de Cooperativas*¹⁸³. Por otro lado, dada la capacidad normativa de las CC.AA. sobre la materia, las Cooperativas de Crédito también se rigen por lo previsto en las normas autonómicas, habitualmente incluidas en las Leyes autonómicas sobre cooperativas en general¹⁸⁴.

Las Cooperativas de Crédito comparten algunos requisitos con las demás entidades de crédito, como la preceptiva autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda para su constitución, además de su inscripción en el Registro Mercantil aunque, en este caso, también en el Registro de Cooperativas. Sin embargo, difiere de bancos y Cajas de Ahorros en cuanto al capital social mínimo exigido, en todo caso inferior al determinado para los bancos y además variable en función del ámbito territorial y del total de habitantes de derecho de los municipios comprendidos en dicho ámbito.

¹⁸¹ BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1989.

¹⁸² BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1993.

¹⁸³ BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.

¹⁸⁴ Puede consultarse la lista de la normativa vigente autonómica reguladora de las Cooperativas de Crédito, tanto de los aspectos generales como específicos, en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Autonomica/Cooperativas/Cooperativas_de_credito.html, consultada el día 14 de agosto de 2014. Asimismo, la lista de la normativa autonómica sobre Cooperativas se encuentra disponible en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Autonomica/Coop__de_Credito/Cooperativas.html, consultada el día 14 de agosto de 2014.

Asimismo, dada su naturaleza como sociedad cooperativa, su objeto social consiste en servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el desarrollo de la actividad crediticia.

Finalmente, el aspecto clave de su diferenciación –y especialidad– reside en su tipología. Precisamente, se dividen en dos clases: por un lado, las Cooperativas de Crédito Agrícola, las más numerosas del sector y denominadas “Cajas Rurales”¹⁸⁵, cuyo objeto principal consiste en la prestación de servicios financieros en el medio rural; y, por otro lado, las Cooperativas de Crédito no agrarias, conocidas como “Cajas Profesionales”¹⁸⁶, de carácter urbano o industrial que atienden a necesidades de financiación profesional.

1.5. Instituto de Crédito Oficial

El ICO tiene la consideración, a todos los efectos, de entidad de crédito, sin perjuicio de las particularidades previstas en su regulación

¹⁸⁵ SERRANO, P., “El éxito financiero de las Cajas Rurales. Rayos de luz en las tinieblas de la crisis”, *Le Monde diplomatique en español*, núm. 213, 2013, p. 9; LAMO DE ESPINOSA, J. Y DE CHAMPOURCIN, M., “Cajas de ahorro y cajas rurales, dos modelos bien diferentes”, *Vida rural*, núm. 346, 2012, pp. 5-7; MELIÁN NAVARRO, A., CAMPOS CLIMENT, V. y SANCHÍS PALACIO, J. R., “Análisis de las fusiones entre cajas rurales y su influencia en las cooperativas agrarias. El caso valenciano en España”, *Innovar: revista de ciencias administrativas y sociales*, vol. 21, núm. 41, 2011, pp. 91-110; ESCRIBANO PINTOR, S., y ENCINAS DUVAL, B., “La generación de rentabilidad en el actual modelo de negocio de las Cajas Rurales”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2988, 2010, pp. 33-45 y POMARES MARTÍNEZ, J., “Las cajas rurales en España”, *Revista agropecuaria*, núm. 483, 1972, pp. 445-449.

¹⁸⁶ MATEU GORDON, J. L. y PALOMO ZURDO, R. J., “Análisis y perspectivas de las cajas profesionales y populares. Una modalidad específica de relación banca-empresa”, en AA.VV., *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés, Logroño (La Rioja), 16, 17 y 18 de junio, 1999*, coord. por AYALA CALVO, J. C., vol. 1, Universidad de La Rioja, 1999, pp. 1387-1396.

específica. Así ha quedado corroborado por la DA octava de la LOSS¹⁸⁷. Precisamente, le serán aplicables tanto la normativa general relativa a las entidades de crédito como la regulación especial, contenida en el Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, *de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos*¹⁸⁸. Supletoriamente, quedará sujeto a las normas generales del ordenamiento privado civil, mercantil y laboral, de conformidad con el artículo 1.3 de sus Estatutos.

La naturaleza jurídica del ICO es la de una entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía, que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito y la consideración de Agencia Financiera del Estado. Aunque está adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad cuenta con personalidad jurídica propia y autonomía de gestión.

El rasgo que distingue al ICO de las restantes entidades de crédito es la procedencia de sus recursos económicos, pues no provienen de la captación de depósitos del público, sino de las rentas y productos de su patrimonio, de la emisión de valores y demás operaciones financieras dentro de los límites legales y, especialmente, de las aportaciones del Estado u otras sociedades y asociaciones. Asimismo, presenta peculiaridades en lo que concierne a sus objetivos y a las operaciones

¹⁸⁷ En concreto, se especifica que le serán de aplicación los Títulos II, III y IV, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, y lo previsto en materia de deber de reserva de información.

¹⁸⁸ BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1999.

activas y de financiación que desempeña para su consecución. Así pues, sus fines se concretan en sostener y promover aquellas actividades económicas que contribuyan al crecimiento y a la mejora de la distribución de la riqueza nacional y, en especial, de aquellas que por su trascendencia social, cultural, innovadora o ecológica, merezcan su fomento. Para ello, tal y como establecen sus propios Estatutos, deberá contribuir a paliar los efectos económicos producidos por situaciones de grave crisis económica, catástrofes naturales u otros supuestos semejantes; realizar una serie de funciones adicionales en materia de política económica como formalizar, gestionar y administrar fondos, subvenciones, etc., así como por ejemplo establecer convenios con Instituciones Públicas, tomar participaciones directas en empresas financieras y prestar asesoramiento financiero, entre otras.

2. Cliente bancario

La parte débil del contrato la conforman los consumidores o clientes bancarios, necesitados de defensa y protección legal¹⁸⁹.

Sin embargo, los conceptos de consumidor y cliente bancario (también denominado usuario de servicios financieros¹⁹⁰) no son, en

¹⁸⁹ Hay autores, como AVILÉS GARCÍA, que consideran que “la idea de la protección de la parte más débil dentro del mercado, esto es, del consumidor, está en buena parte fundamentada en una falacia”, es decir, en “pensar que el consumidor está subordinado estructuralmente al empresario por el mero hecho de constituir siempre la parte más débil dentro de la relación jurídica”. En consecuencia, “el Derecho no puede suplantar siempre y en cualquier caso al mercado”. AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas, buena fe y reforma del derecho de la contratación en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 74, núm. 648, 1998, pp. 1543-1544.

puridad, idénticos, siendo más amplio el concepto de cliente (al menos en lo que respecta a la contratación bancaria) en tanto en cuanto engloba no solo a los consumidores finales, sino también a comerciantes o profesionales. El fondo de la problemática surgida en torno a la consideración del cliente bancario o usuario de servicios financieros como consumidor refiere de la protección¹⁹¹ dispensada a uno y otro, resultando por ello oportuno tratar los conceptos de consumidor y cliente bancario por separado.

2.1. Noción de consumidor

La interpretación del contenido y alcance de la noción de consumidor ha sido una cuestión muy tratada por la doctrina, completada en algunos aspectos por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Este debate doctrinal tenía su razón de ser en las diferentes definiciones de consumidores aportadas por las diversas normas dictadas en materia de consumidores dada la ausencia de una definición común y uniforme de consumidor. Así las cosas, POLO entiende, en sentido amplio, que consumidor es “todo sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada”¹⁹², mientras que OTERO LASTRES, ofreciendo mayor

¹⁹⁰ RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, op. cit., p. 41.

¹⁹¹ No es posible atender al concepto de consumidor sin vincularlo a la “evolución experimentada por el movimiento en su protección”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 106 y BROSETA PONT, M., “Aspectos generales para una introducción sobre el derecho de los consumidores”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, p. 76.

¹⁹² POLO SÁNCHEZ, E. M., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980, p. 27. Véase, del mismo autor, “La protección del consumidor en

concreción, afirma que debe tratarse de un “consumidor medio que adquiere productos o contrata la prestación de servicios en el mercado para satisfacer sus necesidades privadas”¹⁹³. Sin embargo, esta última definición es excesivamente restrictiva, por cuanto no todo adquirente de bienes o servicios con fines privados será considerado consumidor, sino solo aquél que pueda ser, además, calificado como consumidor medio.

No obstante, en la actualidad esta problemática ha quedado en gran parte solucionada mediante la aprobación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, *sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*¹⁹⁴, (en adelante, Directiva sobre los derechos de los consumidores), cuyo fin residía en la armonización del acervo comunitario en materia de consumo, si bien debemos tener presente que los contratos de servicios financieros, en los que quedaban englobados los contratos del ámbito bancario, de crédito, pensión personal, inversión o de pago, quedaban fuera de su ámbito de aplicación. Ello por cuanto, como veremos, la noción de consumidor es más restrictiva que la conceptualización de cliente bancario.

el Derecho privado”, en AA.VV., *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, op. cit.*, pp. 811-898.

¹⁹³ OTERO LASTRES, J. M., “La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 16, núm. 4, 1977, p. 762. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984, p. 15.

¹⁹⁴ DOUE L núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.

En efecto, sin perjuicio de otros avances en materia de protección de los consumidores, lo que aquí interesa es la armonización, a nivel europeo, de las nociones principales y fundamentales de las relaciones de consumo, entre ellas, la de consumidor¹⁹⁵. En consecuencia, desaparecen las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos europeos en relación con esta cuestión, pero igualmente importante, se uniformiza la concepción de consumidor dentro de nuestro ordenamiento a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*¹⁹⁶, (en adelante, Ley 3/2014).

De conformidad con la Directiva sobre derechos de los consumidores, se entiende que consumidor es toda persona física¹⁹⁷ que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, es necesario realizar una matización al respecto de

¹⁹⁵ VILLALBA CUÉLLAR, J. C., “La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano”, *Vniversitas*, núm. 119, 2009, pp. 305-340; CILLERO DE CABO, P., “Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 57, 2001, pp. 154-160; BERNARDEAU, L., “La notion de consommateur en droit communautaire”, *Revue Européene de Droit de la Consommation*, núm. 4, 2001, pp. 341-362 y BOURGOIGNIE, T., “Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 24, 1992, pp. 27-38.

¹⁹⁶ BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

¹⁹⁷ Al respecto, SIERRA FLORES, M., “El consumidor cualificado e informado en la compraventa online intracomunitaria”, *X Congreso Sainz de Andino sobre Derecho de la contratación internacional*, 2011, pp. 11-15. En este artículo se identifican los diferentes elementos del concepto de consumidor de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores. Así, encontramos un elemento subjetivo, representado por el consumidor y comerciante; un elemento objetivo, que versa sobre los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil y, por último, un elemento funcional, determinado por la realización del contrato con propósito ajeno a su actividad comercial.

los contratos con fines mixtos o doble finalidad. En este sentido, en caso de que el contrato se celebre con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, pero el objeto comercial fuera tan limitado que no predominara en el contexto general del contrato, el adquirente de dicho bien ostentará la condición de consumidor.

Por otra parte, en los términos de esta definición legal, la condición de consumidor queda restringida a las personas físicas¹⁹⁸, empero, la Directiva permite a los Estados Miembros extender la aplicación de lo dispuesto en la misma a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido del propio texto, tales como las empresas de reciente creación, las pequeñas y medianas empresas o las organizaciones no gubernamentales.

Nuestra legislación interna de consumo, contenida a estos efectos en el TRLGDCU, ya contemplaba la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser consideradas consumidores¹⁹⁹, por cuanto *“se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas»”*

¹⁹⁸ Esta restricción de la noción de consumidor a las personas físicas ha sido criticada por la doctrina, pues excluye *de facto* a las personas morales, como asociaciones y fundaciones y entes sin personalidad como las comunidades de propietarios. CARBALLO FIDALGO, M., “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 6.

¹⁹⁹ No se produciría conflicto alguno entre la normativa interna y la Directiva sobre derechos de los consumidores porque aunque la noción de consumidor de nuestra norma interna es más amplia que la prevista por la Directiva, aquélla va más allá del ámbito de aplicación propio de ésta. EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena. La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, pp. 13-15.

(Exposición de Motivos III). Aunque si bien es cierto que esta no ha sido una cuestión pacífica, no lo es menos que la doctrina mayoritaria se ha posicionado a favor de la protección de las personas jurídicas como consumidores²⁰⁰ puesto que, como simples adherentes al contrato, también pueden quedar desprotegidos frente al empresario. Al respecto, merece especial mención LCGC, que expresamente mantiene el concepto amplio de consumidor, abarcando tanto a la persona física como a la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, si bien también debe quedar incluida toda persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial con independencia de su titularidad como destinatario final del bien o servicio adquirido²⁰¹.

Así las cosas, el artículo 3 del TRLGDCU, en su redacción dada por la Ley 3/2014²⁰², establece que son consumidores o usuarios “*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad*

²⁰⁰ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 75.

²⁰¹ Este artículo recoge la distinción entre consumidor jurídico y consumidor material. Se entiende como consumidor jurídico aquel que adquiere el bien como contratante del bien o del servicio y se convierte, por ello, en el titular de los derechos subjetivos aparejados al contrato, mientras que consumidor material es aquel que usa, disfruta o consume el bien sin haberlo contratado. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 63-64.

Asimismo, la normativa de protección de los consumidores gira en torno a la figura del consumidor jurídico, si bien se ha experimentado una evolución hacia una mejora de la protección del consumidor material, como manifiestan la SAP Asturias, Sección 5ª, de 21 de enero de 2004 (B.D. Westlaw, AC 2004\14), al tutelar los derechos de los hijos mayores o menores de edad en los casos de prestaciones de servicios que tienen a éstos por destinatarios pero que han sido contratados y sufragadas por sus padres.

²⁰² MARÍN LÓPEZ, M. J., “El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 9-16.

comercial, empresarial, oficio o profesión”²⁰³, incluyendo asimismo a “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Resulta claro *prima facie* que el legislador ha optado por una noción de consumidor basada en un criterio subjetivo, donde el criterio delimitador de la cualidad de consumidor es el destino de bien o servicio a “fines privados”, esto es, para un uso privado, familiar o doméstico, que persigue la satisfacción de necesidades de carácter particular.

Respecto de las personas jurídicas, la doctrina general ha atribuido la calificación de consumidor a las asociaciones, a las cooperativas y a las fundaciones, siempre y cuando no actúen con ánimo de lucro²⁰⁴, requisito que sin embargo no es exigido para las personas físicas. No obstante, como una de las novedades importantes introducidas por esta Directiva por sus repercusiones prácticas, destaca la consideración de consumidores de las entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen en un

²⁰³ ARANA DE LA FUENTE, I., “La venta de bienes de consumo en la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los consumidores y en el TRLGDCU”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 26, 2011, p. 128 y CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 88-90.

²⁰⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 3”, en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2009, p. 94.

En contra, CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *op. cit.*, pp. 100-101 y CARRASCO PERERA, A., “La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Centro de Estudios de Consumo*, Sección comentarios, núm. 4, pp. 1-9.

ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial y sin ánimo de lucro. Hablamos de las comunidades de bienes e incluso de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, especialmente en relación con las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores.

En otro orden, nótese que el TRLGDCU no admite modulaciones en función de la competencia del consumidor, ni al alza ni a la baja, es decir, no concibe limitar aún más la calificación de consumidor a los denominados “consumidores medios”, entendidos por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en sus Sentencias de 13 de enero de 2000, asunto *Estée Lauder*, y de 4 de abril de 2000, asunto *Darbo*²⁰⁵, como “*el consumidor normalmente informado, razonablemente*

²⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario”, en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. por CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2011, pp. 141-142.

Actualmente, desde instancias supranacionales, se ha introducido un nuevo concepto, el de consumidor vulnerable. Precisamente, el Reglamento (UE) n.º 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n.º 1926/2006/CE* (DOUE L núm. 84, de 20 de marzo de 2014), utiliza esta expresión cuando se refiere a la protección que deben dispensar los poderes públicos. Este nuevo concepto fue introducido ya en la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables [2011/2272(INI)], (DOUE C núm. 264 E/11, de 13 de septiembre de 2013). En ella se especifica que el concepto de “consumidor vulnerable” se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género. Asimismo, todos los consumidores en algún momento de su vida pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla. Sobre este concepto de consumidor vulnerable, véase, GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La protección de los consumidores vulnerables en el Derecho del consumo de la UE [El Programa Plurianual para el periodo 2014-2020]”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 92-109.

atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”.

Igualmente, esta armonización operada por la Directiva sobre derechos de los consumidores también ha modificado y unificado los criterios divergentes en Reino Unido, de forma que distingue, asimismo, entre “*private customers*” y “*consumers*” o, lo que vendría siendo, consumidores privados de aquellos que adquieren sus productos en el marco de su profesión o con fines comerciales²⁰⁶. La razón de esta distinción es la misma coincide con la que sustenta nuestra normativa, la asimetría informativa²⁰⁷, dado que se entiende que los consumidores privados tienen mayores problemas para adquirir y procesar la información.

En Australia, por su parte, la ACL conceptúa la figura del consumidor distinguiéndolo entre adquirente de bienes y adquirente de servicios²⁰⁸, si bien en ambos casos supedita tal condición al importe del

²⁰⁶ “*Rules made by the Authority may make different provision for different cases and may, in particular, make different provision in respect descriptions of authorized person, activity or investment*”. Sección 156(1) de la FSMA 2000.

²⁰⁷ Otros órdenes jurídicos, como por ejemplo el ordenamiento francés, también distingue entre banca comercial y banca de particulares, basándose en la distinción entre profesionales y consumidores. MATTOUT, J. P., *Droit Bancaire international*, Revue Banque Édition, Francia, 2009, p. 31.

²⁰⁸ “*Acquiring goods as a consumer (1) A person is taken to have acquired particular goods as a consumer if, and only if: (a) the amount paid or payable for the goods, as worked out under subsections (4) to (9), did not exceed: (i) \$40,000; or (ii) if a greater amount is prescribed for the purposes of this paragraph—that greater amount; or (b) the goods were of a kind ordinarily acquired for personal, domestic or household use or consumption; or (c) the goods consisted of a vehicle or trailer acquired for use principally in the transport of goods on public roads. (...)*

Acquiring services as a consumer (3) A person is taken to have acquired particular services as a consumer if, and only if: (a) the amount paid or payable for the services, as worked out under subsections (4) to (9), did not exceed: (i) \$40,000; or (ii) if a greater

bien o del servicio contratado, coincidente en ambos supuestos. En efecto, serán consumidores aquellos que adquieran bienes o servicios cuyo precio sea inferior a \$40.000. En caso de que el precio sea superior a este importe, se añade el requisito exigido en nuestra legislación, esto es, que los bienes y servicios se destinen a fines privados, familiares o domésticos. Añade también que ostentarán el título de consumidores aquellas personas que compren un vehículo destinado al transporte de bienes en carreteras públicas, con independencia del importe.

2.2. *Noción de cliente bancario*

Sabemos que en el ámbito de las relaciones generales de consumo solamente tendrán la consideración de consumidores las personas físicas – o jurídicas– que adquieran un bien o contraten un servicio para destinarlos a fines privados. Sin embargo, en el marco de las relaciones de consumo con entidades de crédito, en sentido estricto, solamente ostentarán la calificación de cliente bancario aquellas personas que posean una cuenta en una entidad de crédito²⁰⁹. Ahora bien, la noción de cliente en sentido amplio –mayoritariamente aceptada– es menos restrictiva incluso que la de consumidor, pues la condición del destino final de los productos o servicios –fines privados o usos comerciales– resulta indiferente, siendo la relación jurídica con la entidad de crédito la piedra angular sobre la que descansa dicha condición de cliente. En este sentido, cualquier persona,

amount is prescribed for the purposes of subsection (1)(a)—that greater amount; or (b) the services were of a kind ordinarily acquired for personal, domestic or household use or consumption”. Sch. 2, Ch. 1, s (3) Competition and Consumer Act 2010.

²⁰⁹ TYREE, A., *Banking Law in Australia*, LexisNexis Butterworths, Australia, 2011, pp. 43-44 y LESLIE, J., *Introduction to Banking and Financial Services*, Heriot-Watt University, Reino Unido, 2010, pp. 2-3.

tanto física como jurídica²¹⁰, que, estando en posición de demandante o adquirente, celebre un contrato con una entidad de crédito, podrá ser considerada cliente bancario²¹¹. Podemos afirmar, pues, que la expresión “cliente bancario” recoge tanto a los empresarios como a los consumidores, entendidos éstos en los términos del TRLGDCU.

La problemática suscitada en torno a la consideración del cliente bancario como consumidor refiere especialmente de aquellos que realizan operaciones pasivas, esto es, en las que el cliente actúa como dador del crédito a través de depósitos. En este tipo de operaciones el cliente no es el destinatario final de los bienes o servicios que oferta la entidad de crédito. No obstante, desde una perspectiva tuitiva, se ha admitido su consideración como consumidores, dado que “es usuario de los servicios bancarios en la colocación de sus ahorros personales o familiares”²¹². Ahora bien, esta afirmación no debe llevar al error de considerar que todos los clientes bancarios tienen la consideración de consumidores, pues solo aquellos que cumplan los requisitos anteriormente expuestos recibirán tal título.

²¹⁰ No es óbice para la consideración como consumidor la naturaleza de una persona jurídica mercantil en su condición de cliente de una entidad bancaria, pues en la relación jurídica que les vinculaba no se trataba de atender a la concreta actividad productiva que constituía el objeto social de la primera, sino a una solicitud de la actividad de gestión de cobro que habría de prestar la entidad bancaria. SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 16 de febrero de 2002 (B.D. Westlaw, JUR 2002\102109).

²¹¹ “Cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situado en la posición de demanda en un hipotético y convencional vínculo con el titular de la oferta”. BERMEJO VERA, J., “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, p. 259.

²¹² BARBIER, E. A., *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 67 y PETIT LAVALL, M. V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 62.

En suma, en la medida en que el cliente sea consumidor final de una operación de crédito –activa o pasiva– esta relación jurídica será también una relación de consumo, quedando el cliente-consumidor tutelado por la normativa general de protección al consumidor y por la normativa de transparencia y protección del usuario de servicios financieros²¹³.

V. RELACIONES JURÍDICAS «ENTIDAD DE CRÉDITO-CLIENTE BANCARIO»

Los contratos u operaciones bancarias que suscriben los consumidores con las entidades de crédito son variados y de diversa índole, si bien de los mismos se infieren las relaciones jurídicas que se establecen entre dichas entidades bancarias y sus clientes. Relaciones de las que se infieren una serie de derechos y obligaciones para ambas partes y en las que, en no pocas ocasiones, se originan conflictos que traen como causa la mala *praxis* de las entidades o la ausencia de información suficiente, causando un perjuicio al consumidor y lesionando, por tanto, sus legítimos intereses económicos. Sin perjuicio de la existencia de otras, en las siguientes líneas trataremos de identificar aquellas relaciones más habituales en el marco de la comercialización bancaria en el ámbito de consumo.

²¹³ En el mismo sentido, SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., “La nueva regulación bancaria en materia de condiciones del crédito y defensa del cliente en el derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 27, 1987, pp. 517-518 y AZORÍN RONCERO, J., “La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Operaciones bancarias”, *Revista General de Derecho*, núm. 490-491, 1985, p. 2143.

En primer lugar, la relación jurídica más usual –y la originaria– es la de deudor / acreedor (*debtor / creditor*)²¹⁴. Esta clase de relación se desarrolla, por regla general, en el marco de las operaciones bancarias pasivas y constituyen el claro reflejo de la actividad crediticia típica, consistente en la captación de fondos del público y la consecuente obligación de restitución por parte de las entidades de crédito. En este sentido, el cliente, depositario del capital, se convierte en acreedor de la entidad de crédito, deudora de dicha cantidad que será devuelta bien a petición del cliente (depósitos a la vista) bien transcurrido el plazo estipulado en el propio contrato (depósitos a plazo). De igual forma puede crearse la relación inversa a ésta en el marco de las operaciones de activo. Así, en el caso de préstamos o créditos es la entidad de crédito quien entrega una suma de dinero al cliente, compelido a devolverla conjuntamente con los intereses pactados. Aquí el cliente se convierte en el deudor de la entidad de crédito, que ostenta el derecho de crédito como acreedora.

En segundo lugar, la relación entre el cliente y la entidad puede ser de deudor prendario / acreedor prendario (*pledger / pledgee*). Hablamos, pues, de la suscripción de un contrato de prenda (*pledge o promise*), cuyo objeto es garantizar la obligación principal (una deuda) mediante el gravamen de la cosa mueble que se entrega al acreedor y que permanece en su poder mientras está vigente el contrato, esto es, hasta la cancelación

²¹⁴ SANKALP, J., “Legal Aspects of Banker-Customer Relationship: Loans and Advances”, *Working Paper Series*, 2012. Documento disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=2209333>, consultado el día 21 de agosto de 2014 y ALEXANDER, N. y COLGATE, M., “The evolution of retailer, banker and customer relationships: a conceptual framework”, *International Journal of Retail & Distribution Management*, vol. 26, núm. 6, 1998, pp. 225-236.

de la deuda. Se trata de un contrato por el que el cliente entrega una cosa mueble a su acreedor (la entidad) para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización, en caso que el deudor no cumpla con la obligación garantizada. Por lo tanto, la cosa entregada no pasa a ser propiedad del acreedor, sino que su derecho es mucho más limitado. A través de este contrato, se constituye un derecho civil de crédito sobre la cosa mueble entregada, por el cual, en caso de impago, el beneficiario tiene el derecho a enajenarla con el fin de satisfacer su crédito.

En tercer lugar, en aquellos casos en los que el consumidor se convierta también en inversor, se establece entre el cliente y la entidad de crédito una relación de depositante / depositario (*bailor / bailee*), mediante la firma de un contrato de depósito o de custodia (*bailment*). Constituye el objeto de este contrato la custodia y administración de valores e instrumentos financieros²¹⁵ representados mediante títulos físicos o mediante anotación en cuenta, que el cliente determine en cada momento. Este contrato implica la celebración de otro, pues se le exige al cliente la tenencia de una cuenta corriente vinculada a dicho contrato en la que se

²¹⁵ Véanse algunos ejemplos de contrato de entidades de crédito españolas, como BBVA, disponible en: <https://www.bbva.es/estaticos/mult/contrato-valores.pdf>, consultado el día 22 de agosto de 2014; Banco Santander, disponible en: <https://www.bancosantander.es/cssa/StaticBS?blobcol=urldata&blobheadername1=content-type&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3D4337-Contrato+tipo+custodia+y+administraci%F3n+de+valores+-+castellano.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1320594187412&cachecontrol=immediate&ssbinary=true&maxage=3600>, consultado el día 22 de agosto de 2014 y Unicaja, disponible en: <https://www.unicaja.es/resources/1279187691764.pdf>, consultado el día 22 de agosto de 2014.

recojan cuantos cobros y pagos dimanen de los valores e instrumentos financieros custodiados. Así pues, el depositario (la entidad de crédito) se encargará de la guarda y custodia de los valores e instrumentos financieros, de los que no podrá hacer uso sino en provecho de su depositante (el cliente), quien queda obligado a abonar a la entidad de crédito la retribución pactada, normalmente determinada en forma de comisiones, previstas en el folleto informativo de tarifas máximas en operaciones y servicios del mercado de valores, que se entrega conjuntamente con este contrato principal y sobre el que debe ser informado con carácter previo o en el mismo acto de firma del contrato de custodia de forma fehaciente²¹⁶.

En cuarto lugar, pero en estrecha relación con este contrato de custodia y administración de valores y con la posición del cliente como posible inversor, la entidad de crédito puede convertirse en asesora (*advisor*) del usuario de servicios financieros (*client*). En el desarrollo de esta tarea de asesoramiento, la entidad de crédito debe actuar con la máxima prudencia y diligencia, evitando además cualquier clase de conflicto de interés.

En quinto lugar, en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria (conocidos comúnmente como préstamos hipotecarios o

²¹⁶ Véase, como ejemplo, el folleto informativo de tarifas máximas en operaciones y servicios del mercado de valores del Banco Santander, disponible en: <https://infoproductos.bancosantander.es/cssa/StaticBS?blobcol=urldata&blobheadername1=content-type&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3DFOLLETOTARIFAS.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1320585840191&cachecontrol=immediate&ssbinary=true&maxage=3600>, consultado el día 22 de agosto de 2014.

hipotecas) se crea una relación entre el cliente y la entidad de crédito una relación de hipotecante / acreedor hipotecario (*mortgager / mortgagee* o también *hypothecator / hypothecatee*). A grandes rasgos, la hipoteca (*mortgage*) es un derecho real de garantía, celebrado con el objetivo de asegurar el cumplimiento de una obligación de pago de un crédito o préstamo, que confiere a su titular un derecho de realización de valor del inmueble hipotecado. En este sentido, la posición de hipotecante o deudor hipotecario (*mortgagor*) es asumida por el cliente bancario, en cuya propiedad permanece el bien inmueble, mientras que la entidad bancaria ostenta un derecho de crédito, siendo por tanto el acreedor hipotecario (*mortgagee*). Este derecho de crédito le permite, en caso de que la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, esto es, el cliente concurra en morosidad por el impago de las cuotas correspondientes, promover la venta forzosa del bien gravado con la hipoteca para, con su importe, realizar el pago del crédito debido, siempre hasta donde alcance el importe obtenido con la venta forzosa promovida para la realización de los bienes hipotecados.

En sexto lugar, en el contrato de alquiler o contrato de arrendamiento (*lease*) de cajas de seguridad²¹⁷ (*safe deposit locker*) se establece una relación de arrendador / arrendatario (*lessor / lessee*), donde la entidad de crédito (arrendadora) permite al cliente (arrendador) depositar objetos de valor o documentos en un área habilitada para ello, protegida con medidas de seguridad. Como contraprestación de este

²¹⁷ En general, sobre este contrato de alquiler de cajas de seguridad, véanse, por todos, QUICIOS MOLINA, M. S., *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999 y GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*, Comares, España, 1997.

servicio, al cliente le viene impuesta una obligación de pago de unos cargos o comisiones²¹⁸.

En séptimo lugar, merece destacar una relación jurídica que, si bien no es utilizada en nuestro sistema bancario, sí lo es en los sistemas jurídicos del *common law*. Hablamos del *trust* o *fideicomiso*²¹⁹. En España, el Código Civil regula el fideicomiso en sus artículos 781 y siguientes, bajo la rúbrica de “sustitución fideicomisaria” en los testamentos. Sin embargo, las figuras del *trust* y del fideicomiso testamentario²²⁰ cumplen objetivos distintos, debiendo referirnos en lo que aquí interesa al contrato de *trust* anglosajón. Desde una concepción básica, se entiende que el fideicomiso o *trust* es un contrato o acuerdo por el que se transfiere a un tercero una serie de bienes o derechos, para que los administre en beneficio de alguien. Por tanto, constituye una herramienta de protección patrimonial.

²¹⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J., “El contrato bancario de cajas de seguridad como contrato de consumo”, en AA.VV., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, op. cit., pp. 583-587 y HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El servicio bancario de cajas de seguridad”, *Revista de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 3, 1999, pp. 91-102.

²¹⁹ Sobre la institución del *trust*, véanse, GRIFFITHS, G., “The Common Law Trust and its Utility for Civil Law Systems”, en AA.VV., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*, coord. por GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S., Marcial Pons, España, 2006, pp. 53-68 y VILLASEÑOR DÁVALOS, J., L., “El «trust» angloamericano y el fideicomiso mejicano”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 6, 1965, pp. 353-378.

²²⁰ DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R., “El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz”, *Revista de Derecho*, vol. 9, núm. 9, 2008, pp. 65-79; SERRANO DE NICOLÁS, A., “Trust y derecho de sucesiones”, en AA.VV., *El Trust en el derecho civil*, coord. por ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch, Barcelona, 2007, pp. 59-96 y AMORIN PISA, M., “Fideicomiso testamentario”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 4, 2007, pp. 649-678.

Las partes que intervienen en el *trust* son las siguientes:

- Fideicomitente (*settlor* o *trustor*), papel que asumirá el cliente bancario, siendo por tanto el otorgante, propietario de los bienes transferidos.
- Fiduciario (*trustee*), aquel que recibe los bienes para administrarlos. Puede ser un profesional cualificado o una persona de confianza sin intereses financieros en el *trust* con el objetivo de evitar conflictos de interés. En este caso la entidad de crédito es la encargada de recepcionar los bienes objeto del fideicomiso. En el desempeño de sus funciones, además de atenerse a las instrucciones por las que se ha creado el fideicomiso, debe actuar bajo la máxima prudencia y diligencia.
- Beneficiario (*beneficiary*), que normalmente coincidirá con la persona del fideicomisario: aquel a favor del cual se constituye el fideicomiso, esto es, quien va a recibir las ganancias obtenidas con el bien, y al vencimiento del contrato, el propio bien.

En suma, la institución fiduciaria (entidad de crédito) administra los bienes que aporta el fideicomitente (cliente) y entrega al fideicomisario (beneficiario) las ganancias generadas. Así las cosas, en el marco de la actividad bancaria es posible identificar dos tipos de fideicomisos. Por un lado, el fideicomiso de administración, mediante el cual el fideicomitente aporta los bienes para que el fiduciario los administre y el fideicomisario reciba los frutos de los mismos. De acuerdo con los términos del contrato, tras la finalización del fideicomiso, el fiduciario tiene la potestad bien de transmitir la propiedad al beneficiario o bien de devolver los bienes al

fideicomitente. Por otro lado, el fideicomiso de garantía²²¹, por el cual el fideicomitente destina unos determinados bienes como garantía del cumplimiento de una obligación (de pago). En este sentido, en caso de incumplimiento del deber de pago por el fideicomitente, el fideicomisario tiene el derecho de exigir al fiduciario que realice dicho pago en los términos establecidos en el contrato.

Finalmente, en todas aquellas actividades y operaciones que impliquen administración y gestión, se establece una relación de agencia, donde la entidad de crédito actúa como agente (*agent*) del consumidor (*principal*) en la prestación de una serie de servicios, entre los que destacan, por ser los más habituales, la recogida y gestión de cheques, letras de cambio, pagarés y dividendos. Asimismo el cliente puede entregar una serie de instrucciones a la entidad de crédito relativas a la compra y venta de valores en su nombre, el pago de las primas de seguro, cuotas de préstamos, así como facturas de electricidad, gas, impuestos, etc.

VI. EL CONFLICTO BANCARIO

Es de sobra sabido por todos que, en un mercado competitivo como el bancario, no existe la relación jurídica perfecta ni tampoco la simetría informativa. Ello provoca discrepancias entre el modo de actuar real de una entidad de crédito con el que debiera ser en aras de garantizar la igualdad de las partes contratantes. En efecto, la mayor parte de los conflictos que requieren de mecanismos de tutela, tanto judiciales como

²²¹ CAFFERA, G., y MANTERO MAURI, E., “La ejecución del fideicomiso de garantía”, *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, núm. 1, 2013, pp. 55-64.

extrajurisdiccionales, refieren de las operaciones de activo, de pasivo y de servicios de pago. Precisamente, en el periodo 2011-2014, y previsiblemente también en 2015, se ha experimentado un incremento de los litigios nacidos en el marco de los contratos de crédito con garantía hipotecaria por la inclusión de cláusulas abusivas tales como la denominada “cláusula suelo”, provocando, además, cambios normativos fundamentales como el relativo a la consideración, como causa de oposición al proceso judicial de ejecución hipotecaria, de la posible inclusión de cláusulas abusivas en el contrato.

Asimismo, en la tradicional relación deudor-acreedor derivada de los contratos de depósito, sean bien a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) o bien a plazo determinado, también surgen numerosos problemas, en su mayoría relacionados con la liquidación de los importes de los depósitos y con la información que debe ser proporcionada por las entidades de crédito sobre comisiones, tipos de interés y de cambio, en los términos establecidos en la normativa de transparencia²²². Por su parte, los servicios de pago, especialmente los contratos de tarjetas de crédito y de débito²²³,

²²² Téngase en cuenta que la normativa sobre transparencia aplicable a los contratos de depósito difiere en algunos aspectos según el tipo de depósito. En efecto, la regulación general de la transparencia de los depósitos o cuentas a la vista está recogida en la normativa de servicios de pago, en concreto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, *de servicios de pago* (BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2009) y en la Orden sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Asimismo, en aquellas situaciones en las que se produzca un descubierto en cuenta corriente será de aplicación la LCC. Por su parte, los depósitos a plazo quedarán sujetos a la Orden de transparencia y protección de 2011 y a la Circular del Banco de España 5/2012, de servicios de pago.

²²³ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Tarjetas de crédito, débito y compras. Comentarios, jurisprudencia y formularios. Aspectos sustantivos y procesales*, Lexfamily, Córdoba, 2013. El autor analiza el régimen jurídico de las tarjetas, incluyendo su clasificación y en especial la problemática del (mal) uso de este producto bancario o incluso de su uso fraudulento. Básicamente, identifica las causas de reclamación más comunes en los

son también fuente de conflicto, sobre todo en lo que concierne a las liquidaciones y pago de comisiones por su utilización, mantenimiento y posible seguro complementario a dicho contrato principal.

Como se observa, en todas las relaciones jurídicas entre entidades de crédito y consumidores pueden generarse discrepancias. Aun cuando las causas de tales controversias son variadas y normalmente refieren de las especificidades de la naturaleza de los propios contratos, en muchas ocasiones tienen como trasfondo la vulneración de una doble normativa. Por un lado, la regulación sobre contratación, concretamente sobre la forma que debe revestir el clausulado contractual, pues recordemos que los contratos bancarios son contratos de adhesión y por ello susceptibles de resultar abusivos en alguno de sus términos. Por otro lado, también es quebrantada la normativa sobre transparencia en lo que concierne a la obligación (y correlativo derecho del consumidor) de proveer información detallada y suficiente sobre el contenido del contrato, limitando con ello la posibilidad de que el cliente cuente con una información completa para comprender bien el contenido de la operación y poder así elegir la oferta más adecuada a sus necesidades y requerimientos.

Asimismo, nótese que los conflictos en el marco de la contratación bancaria no son endémicos de nuestro sistema bancario, sino más bien estamos ante una cuestión común, con independencia de que se trate de un sistema de derecho continental o del *common law*. Precisamente,

juicios verbales y ordinarios, haciendo también alusión a los procesos monitorios, desde un punto de vista tanto procesal como sustantivo. Para ello estudia la tutela judicial dispensada a través de las acciones de reclamación ante el impago de las disposiciones de la tarjeta, las acciones de reintegro por uso ilícito de la tarjeta, la acción de reclamación de daños y perjuicios por la resolución unilateral del contrato de tarjeta y la acción de reclamación de cantidad con base en seguros asociados a la tarjeta.

encontramos ejemplos de conflictos de rabiosa actualidad que merecen ser analizados separadamente por sus graves repercusiones sobre una importante colectividad de consumidores.

En este sentido, analizaremos, en primer lugar, dos conflictos bancarios que han caracterizado la realidad social de nuestro país en estos últimos años. Hablamos, por un lado, de la inclusión de una cláusula general abusiva denominada “cláusula suelo” en los contratos con garantía hipotecaria como consecuencia de su naturaleza como contrato de adhesión y, por otro, de los lanzamientos y ejecuciones hipotecarias encuadradas en la relación jurídica “deudor hipotecario-acreedor hipotecario”. En segundo lugar, trataremos el que ha sido uno de los grandes conflictos del sistema bancario inglés, la comercialización de los llamados *Payment Protection Insurance* (en adelante, PPI). En tercer y último lugar, analizaremos el conflicto más reciente –las primeras informaciones fueron publicadas en julio de 2014–, nacido en el marco del sistema bancario australiano, sobre el fallo en la planificación financiera proporcionada por el *Commonwealth Bank of Australia* (en adelante, CBA) a sus clientes y cuyas repercusiones en términos de perjuicios económicos y demandas de consumidores no se han hecho esperar.

1. Conflictos derivados de la inclusión de cláusulas abusivas: el ejemplo de la «cláusula suelo»

La existencia de cláusulas abusivas en cualquier contrato bancario – en su condición de contrato de adhesión– es el conflicto más recurrente que enfrenta a entidades de crédito y clientes, pues supone la vulneración, como se indicó *supra*, de la normativa sobre contratación contenida en la

LCGC y de la regulación de transparencia bancaria. Aun cuando encontramos incontables ejemplos de cláusulas abusivas en cualquier tipo de contrato bancario, la cláusula suelo, generalizadamente utilizada por todas las entidades de crédito, ha causado un gran revuelo al impedir a los deudores hipotecarios beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés que, a buen seguro, hubieran dado un respiro a sus economías domésticas.

Para comprender mejor el alcance y consecuencias del conflicto, es necesario explicar la función de la cláusula suelo en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, así como la *ratio decidendi* por la que ha sido considerada finalmente como cláusula abusiva y, por tanto, nula, por el Tribunal Supremo.

Las cláusulas suelo objeto de conflicto son aquellas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable referenciado²²⁴, determinado a partir de la aplicación de un valor, obtenido como resultado de aplicar un diferencial a un índice de referencia, en España, el Euribor. La inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos bancarios obedece a razones (de seguridad) económica²²⁵, pues aseguran a las entidades financieras un rendimiento mínimo de los créditos hipotecarios capaces de cubrir los gastos fijos estructurales de gestión no

²²⁴ Aunque existen otros tipos de préstamos a interés variable –tipo de interés revisable y renegociable–, el tipo de interés referenciado es el más empleado por las entidades de crédito españolas en materia hipotecaria.

²²⁵ Para un análisis jurídico-económico del alcance de las cláusulas suelo, véase, por todos, GENTO MAHUENDA, P., “El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 20-28.

vinculados a la evolución de los índices de referencia²²⁶. Por tanto, se entiende como cláusula suelo aquella condición general –por venir predispuesta por la entidad de crédito– que fija unos límites a la variación del tipo de interés, en concreto, determina un tipo de interés mínimo; al contrario que la cláusula techo, que establece un tipo de interés máximo aplicable al préstamo. Básicamente, las cláusulas suelo protegen a las entidades de crédito al asegurarles una rentabilidad mínima, mientras que las cláusulas techo protegen al cliente al garantizarle un coste máximo del préstamo. Aunque normalmente ambas cláusulas son insertadas en los contratos de préstamo hipotecario de forma conjunta, ello no es óbice a la inclusión únicamente de la cláusula suelo o de la cláusula techo.

Estas cláusulas han sido generalmente insertadas en los contratos de préstamo hipotecario, no cuestionándose su abusividad hasta la llegada de la crisis económica²²⁷, donde el Euribor ha alcanzado mínimos históricos.

²²⁶ Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, p. 13. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 7 de mayo de 2010, núm. 457).

“La finalidad de estas cláusulas es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero”, GARCÍA MONTORO, L., “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, p. 240. Ello por cuanto debe “asegurar un rendimiento mínimo del activo (el préstamo) que permita recuperar los costes de producción y mantenimiento en los que incurre el Banco en la financiación del cliente”. YANES YANES, P., “El control de la «cláusula suelo»”, *El Notario del Siglo XXI: Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 43, 2012.

²²⁷ Sobre la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, véanse, por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 223-252; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8097, 2013 y GARCÍA CUETO, E., “Las cláusulas suelo: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *La notaria*, núm. 2, 2013, pp. 94-96 y

De estas bajadas podría haberse beneficiado el consumidor pero, sin embargo, la aplicación de cláusulas suelo ha eliminado cualquier posibilidad de que los consumidores pudieran disfrutar de la reducción de las cuotas como consecuencia del descenso de los tipos de interés aplicables.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la cláusula denominada como «suelo-techo» es, *a priori*, lícita²²⁸. Precisamente, la validez de este tipo de cláusulas ha quedado expresamente recogida en la normativa de transparencia, en concreto, en la Orden de transparencia y protección de 2011²²⁹ que impone a la entidad de crédito una serie de obligaciones relativas a la necesidad de proveer al consumidor con información previa sobre el contenido de los contratos de préstamos hipotecarios en relación con las cláusulas suelo. En este sentido, la entidad deberá proporcionar una Ficha de Información Precontractual (en adelante, FIPRE), que estará a disposición de los clientes de forma gratuita y tendrá carácter orientativo, con información clara y suficiente sobre los préstamos ofertados por la propia entidad. Así, una vez que el cliente haya facilitado

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nulidad de «cláusulas suelo» de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 30 septiembre 2010”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 121, 2011, pp. 209-239.

²²⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 123-126.

²²⁹ Previamente a esta regulación, la cláusula suelo ya estaba legalmente establecida en el anexo II, cláusula 3 bis, de la Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios* (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994). En ella se exigía que estas cláusulas se incorporasen en las ofertas vinculantes que las entidades debían hacer entrega a los solicitantes de préstamos con garantía hipotecaria de un bien inmueble, en aquellos casos en los que el prestatario sea persona física, y siempre que la cuantía del préstamo sea igual o inferior a 150.253,03€.

la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, la entidad de crédito pondrá a su disposición otra Ficha de Información Personalizada (en adelante, FIPER) –en el formato que aparece en el anexo II de la citada Orden– con el objetivo de ofrecerle el producto más adecuado a sus necesidades y circunstancias personales. Se exige, asimismo, que esta oferta esté disponible para el consumidor con una antelación suficiente que le permita comparar las condiciones de los diferentes préstamos disponibles en el mercado de crédito.

Ahora bien, en el caso de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que incorporan acotaciones a las variaciones de los tipos de interés, esto es, que incluyan cláusulas suelo o techo, la Orden exige que deben recogerse, en un anexo a la FIPER, el tipo de interés mínimo y máximo que se ha de aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima (artículo 25), con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica. Asimismo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*²³⁰ (en adelante, Ley 1/2013, de 14 de mayo) también parte de la licitud de las cláusulas de limitación del interés al alza y a la baja, aunque es cierto que exige determinados deberes notariales en la verificación del cumplimiento de la obligación de información impuesta a la entidad de crédito.

Así las cosas, aunque las cláusulas suelo son en sí mismas válidas, pueden ser nulas si contravienen estas reglas de transparencia,

²³⁰ BOE núm. 116 de 15 de Mayo de 2013.

considerándose en este caso abusivas. Téngase en cuenta que aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de una negociación individual²³¹ tendrán la consideración de abusivas, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, “*si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”²³². Al respecto, las entidades de crédito han alegado la configuración de la cláusula suelo como objeto esencial del contrato, esto es, del precio del préstamo, de forma que quedarían excluidas del control de abusividad, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que “*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la*

²³¹ “*La falta de negociación individual de las cláusulas financieras de las escrituras de préstamo hipotecario resulta no solo de la notoriedad general que exige a quien alega la circunstancia de la carga de su acreditación de conformidad con el artículo 251.4 de la LEC, sino de los propios términos en los que viene regulada dicha modalidad contractual en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 5 contempla la emisión por la entidad bancaria de una oferta vinculante, y cuyo artículo 7 concede al prestatario la facultad de examen durante tres días del proyecto de escritura, lo que revela sin lugar a dudas que la redacción de este recae sobre la entidad, sin posibilidad alguna de negociación de las cláusulas contenidas en el mismo*”. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, núm. 6/2011, de 11 de marzo (B.D. Westlaw, AC 2011\179). Sobre el debate jurisprudencial relativo a la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación, véase, por todos, PÉREZ CONESA, C., “Capítulo 13. Nulidad de la «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva”, en AA.VV., *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, dir. por CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 251-253. De la misma autora, “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 39-47.

²³² Continúa el artículo diciendo que una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente por el profesional y sobre la que el consumidor no ha podido influir acerca de su contenido, en especial en los casos en los que se inserten en contratos de adhesión.

adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Sin embargo, existen pronunciamientos del TJUE²³³ que posibilitan un control material del eventual carácter abusivo de las cláusulas que refieren al objeto del contrato, por cuanto tampoco son objeto de negociación individual²³⁴, siendo que la falta de transparencia sobre este aspecto puede conllevar un desequilibrio y consiguiente perjuicio para el consumidor, causado por la alteración del valor de la oferta tal y como había quedado estipulada en la información proporcionada por el empresario en el momento de celebrar el contrato²³⁵.

²³³ La STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECR I-4785, concluye que no se opone a que una legislación nacional establezca, en aras de una mayor protección de los consumidores, el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aun cuando tales cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensibles. Sin embargo, el alcance competencial del TJUE queda limitado a "la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de estas disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso". Sobre esta Sentencia, véase, CÁMARA LAPUENTE, S., "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJE 3 Junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", encontrado en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/19.pdf>, consultado el día 30 de agosto de 2014.

²³⁴ A favor, PALAU RAMÍREZ, F., "Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 5, 2011, pp. 125-147.

²³⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, M., "Comentario al art. 82 TR-LGDCU", en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, op. cit.*, p. 725; PAGADOR LÓPEZ, "Condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV.,

El Tribunal Supremo ha sido el encargado de conocer de los controles de incorporación y transparencia de la cláusula suelo en su Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo²³⁶ (en adelante, STS núm. 241/2013), pronunciándose a favor de la consideración de estas cláusulas, en la forma y términos en que se hayan redactadas, como abusivas por la falta de transparencia.

Respecto de la Sentencia, aun cuando la parte actora alegaba como motivo para declarar la abusividad de la cláusula suelo la falta de reciprocidad con respecto a la cláusula techo²³⁷, el Tribunal Supremo²³⁸

La defensa de los consumidores y usuarios, dir. por REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, Madrid, 2011, pp. 1411-1413; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cláusulas abusivas”, en AA.VV., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*, dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 973-978 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 109-153.

²³⁶ STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (B.D. Westlaw, RJ 2013\3088).

Sobre esta Sentencia, desde una perspectiva crítica por la inseguridad jurídica resultante así como por su incongruencia, véanse, CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca en la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 126-163 y CORDERO LOBATO, E., “Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 129-133.

²³⁷ Este criterio de abusividad encuentra su fundamento en el artículo 87 del TRLGDCU, que establece que serán abusivas aquellas cláusulas “*que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario*”. En contra de aplicar este criterio para determinar la naturaleza abusiva de la cláusula suelo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Capítulo 12. Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en AA.VV., *El contrato bancario. Tiempos revueltos, op. cit.*, p. 238 y CASTILLA CUBILLAS, M., “Sobre la abusividad de las cláusulas de “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2011, pp. 178-179.

²³⁸ STS núm. 241/2013, F.J. 13º, & 225.

opta por apartarse de este criterio y fundamenta la falta de la transparencia de la cláusula en los siguientes aspectos, a saber:

- a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) La creación de la apariencia de que la cláusula suelo debe insertarse conjuntamente en todo caso con la cláusula techo en calidad de contraprestación.
- c) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) La falta de una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

En suma, el carácter abusivo de la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamo hipotecario deriva del incumplimiento del deber de transparencia impuesto a las entidades bancarias en la propia Orden de transparencia de 2011, pues los clientes afectados desconocían, con carácter previo a la conclusión del contrato, la existencia de dicha cláusula y, por ende, los efectos económicos que sobre el coste real del préstamo pudiera tener en caso de variaciones a la baja del índice de referencia empleado (Euribor).

En consecuencia, las cláusulas suelo aquí enjuiciadas serían lícitas en caso de haber sido conocidas por el cliente en la fase precontractual²³⁹, esto es, antes de la conclusión del contrato, de forma que el consumidor hubiera sido plenamente consciente de su existencia y de las consecuencias jurídico-económicas derivadas de una bajada de los tipos de interés. En efecto, estas cláusulas suelo o las cláusulas “suelo-techo” son válidas *“siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos”*²⁴⁰. Ello por cuanto *“el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes”*²⁴¹.

Por último, cabe señalar que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. En este sentido, se exige a las entidades de crédito que eliminen esta cláusula suelo en la forma y modo en la que se utiliza y a abstenerse de emplearlas en lo sucesivo. En consecuencia, los contratos seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos pero sin la cláusula declarada abusiva, pues ya no se permite al

²³⁹ En el mismo sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, p. 14.

²⁴⁰ STS núm. 241/2013, F.J. 15º, & 256.

²⁴¹ STS núm. 241/2013, F.J. 7º, & 144b).

juez moderar las cláusulas, siendo que el contrato debe subsistir con la mera eliminación de la cláusula que haya sido declarada abusiva²⁴². En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo analiza en su Sentencia 241/2013 el carácter retroactivo o irretroactivo de los efectos de la supresión de la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario, lo que conllevaría en la práctica la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por el banco a causa de la aplicación de una cláusula declarada nula. En este sentido, condena a las entidades de crédito a cesar en el uso de las cláusulas suelo en sus contratos, sin embargo, determina la irretroactividad del pronunciamiento, pues la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información proporcionada al cliente. Este fallo ha provocado una ruptura en la doctrina jurisprudencial en este asunto, si bien la postura mayoritaria sigue la línea fijada por el Tribunal Supremo²⁴³, que aboga

²⁴² “Esta doctrina (sorprendente) está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera, ni se «reconduce» a lo justo, el empresario que utiliza cláusulas abusivas sufre un impacto *in terrorem* que de otra forma se ahorraría, perdiendo con ello incentivos para acomodar sus contratos a las exigencias de lo justo. Por tanto, el juez no puede «integrar» ni «moderar», como imponía el art. 83.2 del TR de la Ley de Consumidores”. CARRASCO PERERA, A., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reconducirlas, moderarlas, ni modificarlas”, *Centro de Estudios de Consumo*, sección: Trabajos, 2012. Documento disponible en línea: http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%C3%81S.pdf, consultado el día 22 de agosto de 2014.

²⁴³ AGÜERO ORTIZ, A., “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 291-299. La autora recoge una serie de Sentencias dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013, cuyas decisiones divergen en cuanto a la posible retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

razones de orden público (económico)²⁴⁴, debido a que la retroactividad de las conclusiones de esta Sentencia generaría trastornos en la economía nacional en caso de que se impusiera a las entidades de crédito implicadas la obligación de devolver todas las cantidades indebidamente cobradas con base en la aplicación de la cláusula suelo.

En la actualidad, la cláusula suelo, en su configuración inicial, ha dejado de incluirse en los contratos de préstamo hipotecario, medida que ha tenido un impacto positivo sobre la confianza de los consumidores en las entidades de crédito. Sin embargo, este es solo un ejemplo más de la desigualdad existente en la relación jurídica entre entidades de crédito y consumidores quienes, una vez más, quedaron desprotegidos desde el principio ante la falta de medios jurídicos para combatir los efectos negativos que la inclusión de cláusulas oscuras y abusivas acarrea. Igualmente, este conflicto ha reflejado el agotamiento de un Poder Judicial sobrecargado de causas, pero también la ineficacia de las normas de protección de los consumidores ante los abusos de las entidades de crédito así como la deficiente respuesta de los poderes públicos para resolver el problema. En consecuencia, es necesario seguir mejorando el panorama legislativo para erradicar cualquier posible abuso que cometan las entidades de crédito, e igualmente buscar mecanismos de tutela –judiciales o extrajudiciales– acordes con los tiempos actuales y con capacidad para adaptarse a las necesidades de protección de los consumidores bancarios.

²⁴⁴ GARCÍA DE PABLOS, J. F., “La cláusula suelo de las hipotecas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, p. 210.

2. Conflictos derivados de la crisis hipotecaria: los lanzamientos y ejecuciones hipotecarias

El conflicto hipotecario es, sin duda alguna, el problema más grave que enfrenta actualmente a las entidades de crédito con la clientela pero también con la sociedad en general, muy solidarizada con las dificultades que están experimentando las familias a causa del sobreendeudamiento.

Durante la época de bonanza económica, el sector financiero (así como las políticas gubernamentales) canalizó su financiación y proyectos hacia el sector de la construcción, produciéndose el fenómeno llamado “fiebre del ladrillo”, consecuencia además de la expansión del crédito por los bajos tipos de interés que generaron, a su vez, una reducción de la percepción del riesgo y propiciaron la especulación de los inmuebles cuya repercusión recayó en el incremento de sus precios. Esta expansión del crédito trae como causa la relajación de los estándares exigidos para la concesión de los créditos, llegando a no exigirse casi ninguna documentación ni aval para su aprobación, con el menoscabo que ello suponía en la calidad de los procedimientos tanto de control de los riesgos como de concesión de préstamos con las debidas garantías.

Para entender el origen del conflicto hipotecario español debemos remontarnos a 2007, a la crisis económica por las hipotecas *subprime* de EE.UU. Los créditos *subprime* eran un tipo especial de crédito hipotecario pero de elevado nivel de riesgo por su baja calificación crediticia²⁴⁵,

²⁴⁵ Numerosos bancos y entidades de inversión tenían parte de sus activos comprometidos en esta clase de hipotecas de alto riesgo, lo que ocasionó una contracción del crédito (*credit crunch*), motivo de la desconfianza de los clientes bancarios y de la quiebra de las Bolsas. Todo ello no hizo sino paralizar las transacciones de activos en el mercado interbancario, lo que ocasionó una crisis de liquidez que afectó a los grandes bancos que

dirigidos a clientes de baja solvencia económica, lo que hacía presagiar su incapacidad para sufragar las cuotas de tales préstamos en un escenario de inestabilidad financiera. Sin embargo, a pesar de tratarse de productos bancarios y financieros de dudosa calidad en términos de rentabilidad económica a largo plazo respecto del riesgo asumido, fueron colocados en el mercado como productos con una buena calificación crediticia según los criterios de las agencias de rating, cuyos intereses, al igual que los de las sociedades de tasación –que han jugado un papel importante en el aumento del precio de la vivienda–, estaban más en la línea de los intereses de las entidades de crédito que en los intereses generales o, incluso, que en la estabilidad financiera a largo plazo²⁴⁶.

Entre 2004 y 2006 se produjo una subida constante de los tipos de interés en EE.UU., fijados por la Reserva Federal²⁴⁷, e igualmente en Europa se produjo una subida paulatina de los tipos de interés desde diciembre de 2005, a cargo del Banco Central Europeo. Este aumento de los tipos provocó el incremento de las cuotas de los préstamos, minando la capacidad de pago de los clientes (poco solventes). Todo ello no produjo sino un considerable ascenso de la tasa de morosidad como consecuencia de los impagos de las cuotas de los créditos, que en no pocos casos (más de los deseados y esperados) acaban en desahucios y apertura de procedimientos de ejecución hipotecaria, lo que conlleva,

requirieron de operaciones de rescate o refinanciación por parte de los Bancos Centrales Nacionales. El ejemplo más flagrante de las consecuencias de esta falta de liquidez lo encontramos en el caso del Banco de inversiones Merrill Lynch, que llegó a asumir en 2007 pérdidas de casi 8000 millones de dólares.

²⁴⁶ GARCÍA MONTALVO, J., “Crisis financiera, reacción regulatoria y el futuro de la banca en España”, *Estudios de Economía Aplicada*, *op. cit.*, pp. 503-504.

²⁴⁷ En cifras, los tipos de interés variaron del 2% en 2003 hasta el 5% en 2006, lo que supone un incremento significativo, con especial incidencia en las economías domésticas.

irremediablemente, a la pérdida de la vivienda del deudor quien, sin embargo, sigue compelido a sufragar aquella parte de deuda que no haya sido cancelada con la realización del inmueble; hecho que lamentablemente agrava, aún más si cabe, la situación financiera –y personal– del deudor. En efecto, mientras en EE.UU. es posible la dación en pago, esto es, la cancelación de la deuda por la entrega del inmueble objeto del crédito hipotecario, en España solo es posible en determinadas circunstancias tasadas legalmente, dado que las políticas de las entidades de crédito en relación con la aprobación de créditos supuso en muchos casos la concesión de un importe que alcanzó el 100% del valor de la vivienda (o incluso el 120%) y que supone, en la práctica que, ante el descenso del valor de tasación, la entrega del inmueble por parte del deudor hipotecario no es suficiente para cubrir toda la deuda. Esta ha sido una de las causas agravantes del conflicto hipotecario en España.

Así las cosas, una gran proporción de deudores hipotecarios se vio inmersa en un estado de sobreendeudamiento, en este caso, hipotecario, provocado por la laxitud en la concesión de préstamos hipotecarios, pero también por la explosión de la “burbuja inmobiliaria” y la subsiguiente destrucción de empleo, todo ello consecuencia de la crisis económica de alcance global cuyo detonante fue la crisis de las *subprime*. Aunque el contagio de esta crisis en otros países, incluido España, fue casi inmediato, sus efectos fueron dispares, pues la banca española resistió perfectamente los primeros embistes de dicha crisis, si bien finalmente fue requerida de un proceso de refinanciación y ha sido sometida a un procedimiento de reunificación y reorganización, protagonizado por las fusiones entre Cajas de Ahorros que ha finalizado, en algunos casos, en su conversión en Bancos.

La burbuja inmobiliaria ha sido un fenómeno que comenzó en 1997 y acabó de forma drástica en 2008, con consecuencias nefastas en todos los niveles, pero especialmente en el laboral. Su origen se encuentra en la propia “cultura del ladrillo”, por la cual bancos, constructoras y sociedades de tasación alinearon sus políticas para favorecer la rápida expansión del sector inmobiliario, ampliando exponencialmente la oferta de vivienda. Sin embargo, el lado de la demanda también experimentó un ascenso notable, influenciado por la filosofía proclive a la adquisición de la vivienda y no al alquiler, principalmente por jubilados europeos extranjeros que fijaban su residencia en España, por los inmigrantes que venían a trabajar y por los jóvenes que buscaban independizarse. La consecuencia de este aumento de la demanda fue el incremento del precio del suelo y, con él, de los precios de los inmuebles, cuya sobrevaloración abrió la veda para que los especuladores se beneficiaran de las plusvalías.

Como era de esperar, esta “economía del ladrillo” supuso la creación de innumerables puestos de trabajo directos (arquitectos, albañiles, fontaneros, pintores, etc.) e indirectos (agentes inmobiliarios, empresas dedicadas a la venta de mobiliario, etc.). Sin embargo, la explosión de la burbuja conllevó la paralización drástica e inmediata de la construcción, con la consecuente destrucción de todos los empleos creados así como la desaparición de comercios relacionados con la construcción. Esta crisis laboral es la que más mella ha causado en la sociedad y la que más ha contribuido (negativamente) en el estado de sobreendeudamiento de las economías españolas, pues es bastante frecuente encontrar familias en las que ninguno de sus miembros está en activo y que se hallan subsistiendo de las indemnizaciones por despido o de las prestaciones, al mismo tiempo

que dedican sus ahorros en el pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios²⁴⁸.

Los deudores hipotecarios, en su condición de consumidores, tampoco resultaron beneficiados en principio por la regulación normativa existente, favorable a las entidades de crédito, en especial por la naturaleza rápida y directa del procedimiento de ejecución hipotecaria, regulado en artículos 681 a 698 de la LEC, bajo la rúbrica “De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”. En efecto, basta con que el deudor incumpla sus obligaciones de pago para que la entidad de crédito pueda exigir el cobro de la deuda, instando a tal efecto el citado procedimiento judicial, cuyo resultado es la venta forzosa del inmueble (normalmente se trata de viviendas habituales) para cancelar la deuda hasta donde alcance el importe obtenido. En este sentido, el mayor hándicap para el deudor deviene cuando el precio obtenido no es suficiente para cubrir la totalidad de la deuda, entrando en juego el principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1.911 del C.C., que implica que *“del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*, lo que no es sino otro varapalo para el deudor, que debe seguir pagando las cuotas de un préstamo sobre una vivienda que ya no posee.

²⁴⁸ Nótese que el sobreendeudamiento de las familias deriva de la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas (sobreendeudamiento pasivo) y no de la asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo). Sobre la distinción entre ambos tipos de sobreendeudamiento, véase, por todos, TRUJILLO DÍEZ, I. J., *El sobreendeudamiento de los consumidores. (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha)*, Comares, Granada, 2003, pp. 2-4.

Sin embargo, desde el estallido de la crisis y gracias en parte al lobby que han supuesto asociaciones de consumidores, medios de comunicación y, en particular, las plataformas de afectados por las hipotecas, el Gobierno ha adoptado una serie de decisiones y políticas para tratar de paliar los efectos devastadores de la crisis, centrandó gran parte de sus esfuerzos en la mejora de la protección y condiciones de los deudores hipotecarios. En este sentido, destacan medidas adoptadas tanto en el plano ejecutivo como en el legislativo.

Por un lado, entre las medidas económicas destacan la compra, por parte del Ministerio de Vivienda, de suelo para vivienda protegida; el impulso a las viviendas de protección oficial (en adelante, VPO), ampliando los requisitos para su solicitud con el fin de ampliar el número de beneficiarios; la promoción de las VPO de alquiler con opción a compra y, por último, la apertura de una línea de crédito a través del ICO.

Por otro lado, en el plano legislativo, destaca la intención del Gobierno de mejorar la situación jurídico-económica de los deudores mediante la aprobación del Real Decreto Ley 8/2011, de 7 de julio, *de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*²⁴⁹, del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de*

²⁴⁹ BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011. En lo que concierne al procedimiento de ejecución hipotecaria, la medida adoptada consistió en la modificación de la LEC mediante la flexibilización de los requisitos de acceso a las subastas de los inmuebles con la finalidad de que también pudieran participar los no profesionales.

*deudores hipotecarios sin recursos*²⁵⁰ (en adelante, RD Ley 6/2012), por el que se regulaba el Código de Buenas Prácticas, y del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*²⁵¹ (en adelante, RD Ley 27/2012).

Merece recalcar que este Código de Buenas Prácticas ha sido suscrito por la inmensa mayoría de las entidades de crédito, no solo con la finalidad de resolver las dificultades de los deudores hipotecarios, sino también como estrategia para mejorar su reputación y buena imagen ante la clientela. Una de las consecuencias beneficiosas para los deudores es la posibilidad de negociar con la entidad de crédito una solución a su problema concreto gracias a la regulación de una serie de medidas y acuerdos económicos como la renegociación de las condiciones de préstamo o incluso, bajo determinadas circunstancias, la dación en pago. Todas estas negociaciones se están desarrollando en el marco de un procedimiento denominado inicialmente “mediación hipotecaria” pero cuya naturaleza y características han hecho que pase a llamarse “intermediación hipotecaria”, que ha resultado de gran utilidad para

²⁵⁰ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012.

²⁵¹ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

Desde su Preámbulo se evidencia la preocupación por el sobreendeudamiento hipotecario: “*La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual*”.

resolver la problemática de muchos deudores hipotecarios sumidos en una delicada situación económica o, incluso, con riesgo de exclusión social.

No obstante, la reforma legislativa más importante llevada a cabo ha sido el resultado de la incorporación a nuestro ordenamiento el pronunciamiento del TJUE, de 14 de marzo de 2013²⁵² a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo²⁵³, por la cual se han ampliado las causas de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria.

²⁵² Asunto C-415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), para decidir sobre la posible vulneración a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, el derecho a una vivienda digna y adecuada en la oposición del procedimiento hipotecario y su imposibilidad de aplicar la Directiva 93/13/CEE.

De los hechos del caso se deduce que el Sr. Sr. Aziz, de nacionalidad marroquí, suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual con la entidad de crédito CatalunyaCaixa el día 19 de julio de 2007, dejando en junio de 2008 de pagar las cuotas. Este impago permitió a la entidad de crédito solicitar el acta notarial de determinación de la deuda donde constara el capital principal adeudado más los intereses devengados y los de demora, con valor de título ejecutivo, instando la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria cuyo resultado fue el desahucio del Sr. Aziz y la adjudicación de la vivienda. Sin embargo, el Sr. Aziz solicitó la apertura del procedimiento declarativo para la consideración de la cláusula del pacto de liquidez, que fundamentó el título ejecutivo, como abusiva. En efecto, esta cláusula fue considerada finalmente como abusiva.

Las conclusiones de la Sentencia son, básicamente, tres. Primera, la incompatibilidad de la normativa española de ejecución hipotecaria con el Derecho de la Unión, por lo que el carácter abusivo de una cláusula debe ser causa de oposición al procedimiento. Segunda, el juez competente debe poder controlar de oficio la naturaleza abusiva de la cláusula contractual que funda el título ejecutivo. Control que entendemos no queda restringido al juez del proceso declarativo, sino que resulta extensible al juez que esté conociendo de la ejecución. Y, tercera, debe ser posible la adopción, por el juez del procedimiento declarativo, de adoptar medidas cautelares para evitar el lanzamiento y ejecución de la vivienda mientras esté considerando el carácter abusivo del clausulado contractual.

²⁵³ Esta regulación modifica la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de

Hasta esta reforma, las causas oponibles en este procedimiento por el deudor hipotecario venían fundadas en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscrita con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento (artículo 695 de la LEC²⁵⁴). No parecía, pues, que al legislador le interesara facilitar al deudor hipotecario la paralización de la realización de la vivienda cuando el título ejecutivo estuviera fundado en una cláusula abusiva²⁵⁵. En cambio, debía instar la apertura de un procedimiento declarativo, separado e independiente del procedimiento de ejecución hipotecaria en curso, para declarar nula por

marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

²⁵⁴ El tenor literal del artículo 695 de la LEC rezaba de la siguiente manera: “1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía. 2ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad. 3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral”.

²⁵⁵ CORDERO LOBATO, E., “Y ahora viene lo difícil: ¿Cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, p. 29 y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., “El alcance de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo sobre ejecución hipotecaria”, *Món Jurídic*, 276, 2013, p. 9.

abusiva dicha cláusula, lo que vulneraba el principio de economía procesal al coexistir dos procesos que implican unos costes para el consumidor, generándose un desequilibrio importante en esta relación entre acreedor y deudor hipotecario, en perjuicio de este y contraviniendo el objetivo del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE de librar a los consumidores de cargas adicionales en la búsqueda de la tutela judicial.

Así las cosas, el motivo de la incompatibilidad entre la normativa europea y la normativa española de ejecución hipotecaria residía en la imposibilidad de restitución *in natura* en caso de que la venta forzosa ya se hubiera realizado, aunque con posterioridad el consumidor (ejecutado) obtuviera un pronunciamiento favorable en el procedimiento declarativo, por cuanto la entidad de crédito tenía la facultad de incoar el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre una vivienda con base en un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva²⁵⁶, cuyo contenido no tenía que ser objeto de examen judicial para determinar su eventual carácter abusivo. Ello no provocaba sino una desigualdad de armas entre las partes, consecuencia de la superioridad de la entidad de crédito respecto del ejecutado en lo que concierne a la tutela judicial efectiva relativa al acceso a la apelación.

Sin embargo, todas las medidas adoptadas por el legislador español no han sido suficientes para contentar al TJUE, quien se ha vuelto a pronunciar (en términos negativos) sobre el procedimiento hipotecario

²⁵⁶ La cláusula relativa a la determinación unilateral del importe de la deuda impagada que facultaba a la entidad de crédito a determinar, también de forma unilateral, el importe del préstamo pendiente para poder instar el procedimiento de ejecución hipotecaria es abusiva según el criterio del TJUE.

español al resolver dos cuestiones prejudiciales²⁵⁷ planteadas por la Audiencia de Castellón en relación con la inexistencia de la posibilidad de apelar el auto que desestima la oposición del ejecutado en su Sentencia de 17 de julio de 2014²⁵⁸. De la lectura de la Sentencia se infiere que va

²⁵⁷ Transcribimos las cuestiones prejudiciales planteadas:

“1) ¿Se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/[...], que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, una norma procesal que, como el art. 695.4 de la [LEC], al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que se rechace su oposición?”

2) En el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre protección de los consumidores contenida en la Directiva 93/13[...], ¿es compatible con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en igualdad de armas que proclama el artículo 47 de la [Carta] una disposición del derecho nacional como el artículo 695.4 de la [LEC] que, al regular el recurso de apelación contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede apelar el ejecutado en el caso de que se rechace su oposición?”

²⁵⁸ Sentencia TJUE, Asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA.

Sobre esta Sentencia, véase, CARRASCO PERERA, A., y LYCZKOWSKA, K., “STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 1-13. A juicio de los autores, “el discurso El discurso consumerista de la sentencia está descaminado, porque el ejecutado de los tres primeros números del art. 695.1 LECiv no es necesariamente un consumidor, y no será ordinariamente un consumidor. En consecuencia, puede que nuestro Derecho procesal haya consagrado una desigualdad de armas procesales entre ejecutante y ejecutado, pero no entre empresarios y consumidores” (p. 10), puesto que el asunto del juez declarativo nada tiene que ver con la cuestión planteada por la Audiencia Provincial.

contra el derecho comunitario que, tal y como prevé ahora la LEC, el deudor ejecutado no pueda recurrir la resolución por la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional ejecutante sí pueda interponer recurso contra la resolución que acuerde la paralización de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva²⁵⁹.

En suma, aunque se haya avanzado bastante en la resolución del conflicto hipotecario, consecuencia de la concurrencia de factores tanto exógenos (crisis económica y estallido de la burbuja inmobiliaria) como endógenos (agotamiento del sistema económico español y deficiencia de los procesos judiciales previstos en materia de ejecución hipotecaria), todavía es necesario realizar mejoras que contribuyan a garantizar al consumidor, en concreto al bancario, la obtención de una tutela efectiva.

²⁵⁹ La decisión determina que: “El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, puede acordar como máximo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución que desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva”.

3. Conflictos derivados de la falta de información completa y suficiente: el caso de los denominados «Payment Protection Insurance»

El caso de los denominados *payment protection insurance* (PPI), también llamados *loan protection*, es el más claro ejemplo de la venta de un producto bancario sin el efectivo cumplimiento del deber de información impuesto a las entidades de crédito. Para poder comprender mejor las causas, el alcance y las negativas consecuencias de la comercialización de este producto es necesario establecer de qué clase de producto bancario se trata así como las condiciones y circunstancias en que ha sido comercializado.

Los PPI constituyen una póliza de seguro, normalmente asociada a un préstamo –personal, con garantía hipotecaria o incluso para medios de pago (tarjetas)– con la finalidad de proteger al consumidor contra el riesgo de no poder sufragar las cuotas del préstamo, por ejemplo cuando contrae una enfermedad que le impide trabajar o la pérdida de su puesto de trabajo²⁶⁰. Aunque generalmente este producto se oferta como complemento del préstamo principal, ello no es *conditio sine qua non*, siendo factible obtener dicho préstamo sin la necesaria contratación de esta póliza de seguro o, incluso, cabe la posibilidad de contratar la póliza como un producto bancario independiente.

²⁶⁰ La comercialización de este producto, sin embargo, no es reciente, pues comenzó en los años 70 como seguros asociados a los contratos con garantía hipotecaria, aunque su ámbito de aplicación fue alcanzando a más productos, entre ellos los préstamos personales y los contratos de medios de pago (tarjetas). Sobre el origen y expansión del mercado de los PPI en Reino Unido, véase, FERRAN, E., “Regulatory lessons from the payment protection insurance mis-selling scandal in the UK”, *European Business Organization Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2012, pp. 251-253.

Se distinguen, respecto de su comercialización, hasta tres problemas principales. Circunstancias que quedan constatadas en el volumen de reclamaciones y quejas presentadas por los clientes afectados, resueltos por diferentes órganos.

El primer problema refiere del rechazo de la póliza de seguro, esto es, cuando el cliente interpone una reclamación sobre la misma pero la compañía aseguradora rechaza efectuar ningún pago, generalmente por la inclusión de una cláusula (la llamada “letra pequeña de los contratos”) que excluya la cobertura de determinados productos entre los que se incluye el PPI.

El segundo problema alude a disputas relativas a la devolución de las primas, en concreto cuando en el contrato de PPI está estipulado el pago de una única prima inicial (de cuantía importante) pero el cliente cancela el préstamo con anterioridad al vencimiento estipulado. La controversia radica en que, en este caso, solamente le será reembolsado al cliente una pequeña parte de la prima pagada, ocasionando un agravio comparativo respecto de otros contratos PPI que estipulen varias primas a sufragar durante la vigencia del contrato.

El tercer problema, el más grave a nuestro juicio por implicar una mala *praxis* por parte de las entidades de crédito, es el relativo a la consideración de que la venta del PPI no ha sido realizada con todas las garantías y en cumplimiento del deber de información de las entidades.

El consumidor afectado por los PPI dispone de diversas vías de reclamación en función del tipo de problema, pues el relativo al rechazo de la póliza de seguro debe ser resuelto directamente con las compañías aseguradoras, mientras que las reclamaciones contra la política de

devolución de primas, así como contra la venta indebida de los PPI son resueltas en sede judicial o por el Defensor del Cliente bancario. En lo que aquí interesa, centraremos el análisis en el tercer problema citado, puesto que sus efectos han alcanzado a un considerable número de consumidores.

En este sentido, desde las asociaciones de consumidores y medios de comunicación se afirma con bastante rotundidad que todos los casos de PPI son consecuencia de una venta indebida y que, por ello, los afectados deben ser resarcidos; empero, desde instancias judiciales parece sugerirse lo contrario. Si bien los tribunales confirman que numerosos de los casos enjuiciados son consecuencia de una venta indebida, también se indica que, en otros casos, las entidades de crédito cumplieron con los estándares y requisitos para la comercialización de los PPI, por lo que las reclamaciones carecen de fundamento suficiente para condenar a la correspondiente entidad a restituir el importe del PPI y a pagar una indemnización por los perjuicios causados²⁶¹. No obstante, también es cierto que, en una gran proporción, los clientes afectados han optado por

²⁶¹ Véase como ejemplo la decisión del Honorable Juez Waksman QC en el asunto *Black Horse Limited v. Speak*. [2010] EWHC 1866 (QB). El contenido de la resolución puede consultarse en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1866.html>, consultado el día 23 de agosto de 2014.

La conclusión que se infiere de la argumentación y fallo de esta sentencia es que aquella entidad de crédito (en su papel como prestamista), así como su personal, que haya actuado de conformidad con sus políticas internas, así como con los estándares del Organismo regulador, puede defenderse perfectamente contra la reclamación del cliente (prestatario) insatisfecho con el producto, pues los argumentos utilizados generalizadamente contra las entidades bancarias no son adecuados en este caso.

Sobre el contenido de esta sentencia, véanse, por todos, KELSALL, R. J., “End of the road of PPI claims? Borrowers’ appeal withdrawn”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 27, núm. 9, 2012, pp. 587-588 y OVEY, E., “Loans and payment protection insurance: an optional policy win for the Black Horse”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 26, núm. 2, febrero 2011, pp. 72-74.

acudir a la vía extrajudicial del *Ombudsman* bancario –o Defensor del Cliente–, quien ha considerado que, salvo algunas excepciones, la comercialización y venta de los PPI no se ajustó a los estándares exigidos especialmente en lo que concierne a la transparencia e información proporcionada al cliente en fase precontractual²⁶².

En cualquier caso, debe atenderse a una serie de circunstancias para calificar la venta de este producto como “indebida”, “fraudulenta” o incluso “abusiva” (*mis-selling PPI*). Así pues, destacamos las siguientes causas, a saber:

- Presión de las entidades de crédito al cliente para la suscripción de la póliza de seguro.
- La entidad de crédito procedió a informar al cliente sobre el PPI pero indicándole la vinculatoriedad de su contratación para la obtención del préstamo principal, pues recordemos que se trata de un producto opcional en todo caso.
- Venta del PPI sin el consentimiento expreso del consumidor o incluso con el rechazo de éste a dicha contratación.
- Venta directa y automática del PPI, integrando sus pagos en la cuota del préstamo principal, sin que el cliente sea plenamente consciente de estar contratando dos productos diferentes, esto es, con su desconocimiento sobre la contratación del PPI.

²⁶² La venta masiva y sin las debidas garantías del producto PPI no es un caso aislado. En efecto, los denominados “*asset-backed investment products*” o valores garantizados por activos de las propias entidades para financiar los costes de los seguros de atención médica a largo plazo fueron vendidos a gente de avanzada edad, por lo que el banco que los comercializó (HSBC) fue multado con más de 10 millones de libras.

- La entidad de crédito no ofreció al cliente una información completa y exacta sobre los aspectos relevantes del PPI, sin hacerle entrega, por escrito, de la documentación que contenga los requisitos y consecuencias jurídico-económicas.
- La entidad de crédito no ofreció al cliente una información completa y exacta sobre los PPI con una antelación suficiente para tomar una decisión fundada sobre su contratación.

Como se observa, este conflicto bancario que ha afectado a un gran colectivo de consumidores es el reflejo de la deficiente actuación de las entidades de crédito en la colocación de productos en el mercado de consumo, concretado en este caso en la falta de información a los usuarios bancarios de las características del producto ofertado, de la inadecuación de las políticas de venta a las características del cliente en concreto y en la deficiencia en los controles de la evolución de estos productos.

Aunque los efectos negativos del conflicto, así como las reclamaciones de los consumidores continúan en el presente, se trata de un problema cuya duración excede de lo esperado, pues la *Financial Services Authority* (en adelante, FSA), cuyas competencias corresponden desde 2013 a la FCA y a la PRA, emitió ya en 2005 un comunicado de prensa²⁶³ en el que instaba a las entidades de crédito a tomar cuantas acciones fueran necesarias para garantizar que las políticas de venta de los PPI se ajustaban a la regulación reglamentaria. Sin embargo, las políticas de las entidades de crédito al respecto continuaron sin cambios hasta que en

²⁶³ Hasta 2005 la FSA carecía de competencias en materia de regulación de la intermediación de seguros.

febrero de 2009 la FSA contactó con todas las entidades supervisadas para exigirles que cesaran la venta y comercialización de estos productos, señalándoles además un plazo máximo para ello, el 29 de mayo de ese mismo año. Pero esta exigencia viene encuadrada en un contexto en el que se apreció un considerable incremento de las quejas y reclamaciones interpuestas por los clientes bancarios, así como una importante presión ejercida desde las asociaciones de consumidores y medios de comunicación. Todo ello derivó en la modificación de la regulación de esta clase de productos bancarios²⁶⁴. En efecto, en agosto de 2010, a través de su Declaración de normas o *Policy Statement 10/12 “The assessment and redress of Payment Protection Insurance Complaints”*²⁶⁵, la FSA modificó un conjunto de disposiciones contenidas en su *Handbook* desde una visión más *pro consumerista* o de protección a la clientela bancaria de los excesos de la banca.

Así las cosas, entre otras disposiciones, el nuevo marco regulador²⁶⁶, queda integrado por los *Principles of Businesses*²⁶⁷ (en adelante, PRIN),

²⁶⁴ Asimismo, el nuevo régimen más intrusivo y supervisado de protección de los consumidores por la FCA es consecuencia directa de esta mala experiencia en la contratación bancaria con consumidores.

²⁶⁵ Esta Declaración recoge un paquete de medidas entre las que se incluyen la modificación del *FSA Handbook* (actual *FCA Handbook*), una guía de actuación para la tramitación de las reclamaciones sobre PPI así como un análisis de las causas y un mecanismo por el cual clientes afectados que no hayan presentado reclamación puedan ser reparados. GRAY, J., “Legality of payment protection insurance compensation agreements examine don judicial review”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 19, núm. 4, p. 397.

El contenido del *Policy Statement 10/12* está disponible en línea: http://www.fsa.gov.uk/pubs/policy/ps10_12.pdf, consultado el día 23 de agosto de 2014.

²⁶⁶ Sobre el nuevo régimen regulador tras el conflicto PPI, véase, FERRAN, E., “Regulatory lessons from the payment protection insurance mis-selling scandal in the UK”, *op. cit.*, pp. 257-260.

conjunto de normas o guías de actuación de las entidades relativas a la diligencia en la gestión de las propias entidades como instituciones o corporaciones, debiendo garantizar su integridad, cuidado y diligencia en la relación con la clientela, evitando así cualquier conflicto de interés. Igualmente, el *Insurance Conduct of Business Rules*, desde enero de 2008 denominado *Insurance Conduct of Business Source*²⁶⁸ (en adelante, reglas ICOBS), cuyas disposiciones se centran en el mercado de PPI, especificando las condiciones bajo las cuales es posible su contratación así como la información que las entidades deben entregar al consumidor en la fase precontractual. Precisamente, dado que la cobertura del riesgo por este seguro puede ser por toda la vida del préstamo o solamente por un periodo determinado, se establece el derecho del cliente tiene derecho a disponer de toda la información relativa a este producto, en especial sobre los importes o precios que serían exigibles²⁶⁹ –cuestión relevante y normalmente determinante de la adhesión del cliente al contrato–, con

²⁶⁷ Documento disponible en línea: <http://www.fca.org.uk/static/documents/handbook-releases/high-level-standards136.pdf>, consultado el día 28 de agosto de 2014.

A estas normas básicas hay que añadir el conjunto de reglas bajo la rúbrica “*Senior Management Arrangements, Systems and Controls*” y “*Training and Competence*” (en adelante, TC), que se encargan del régimen de responsabilidad de los directivos, así como de la formación y requisitos que deben reunir los empleados de la entidad para garantizar el cumplimiento de los PRIN.

²⁶⁸ El contenido de las disposiciones de esta norma está disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/COBS>, consultado el día 28 de agosto de 2014.

²⁶⁹ ICOBS 6.4.8G: “*Price information should be given in writing or another durable medium in good time before conclusion of the contract. This is in addition to any requirement or decision to provide the information orally. In the case of a distance contract concluded over the telephone, it may be provided in writing or another durable medium no later than immediately after conclusion*”.

antelación suficiente a la conclusión del contrato para decidir si efectivamente adquiere tal cobertura²⁷⁰.

Asimismo, modificó las normas relativas a los procedimientos extrajurisdiccionales de resolución de reclamaciones, contenidas en las “*DISP Dispute Resolution: Complaints*”²⁷¹ (en adelante, DISP rules). En concreto modificó los sistemas internos de resolución de quejas y reclamaciones de las propias entidades de crédito, pero también relativas a las bases y fundamentos a tener en cuenta en la decisión, todo ello con la finalidad de garantizar la tramitación justa y equitativa de tales reclamaciones. Incluso se establece la posibilidad de que, ante la recurrencia de problemas con una determinada política de ventas de una póliza de seguro que cubra medios de pago, la entidad determine el alcance y gravedad del perjuicio que ha podido sufrir el cliente (reclamante) y, cuando así lo estime necesario, de forma proactiva contactar con aquellos clientes que, aun cuando no hayan presentado reclamación o queja alguna con la finalidad de ofrecerles alguna medida reparatoria del daño que les haya podido ocasionar²⁷². De esta regulación

²⁷⁰ ICOBS 6.1.5R: “A firm must take reasonable steps to ensure a customer is given appropriate information about a policy in good time and in a comprehensible form so that the customer can make an informed decision about the arrangements proposed”.

²⁷¹ El contenido de las disposiciones está disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/DISP>, consultado el día 28 de agosto de 2014.

Sobre estas reglas, véase, por todos, SAMUEL, A., “The FSA complaint rules after the 2007/2008 changes: a critical view”, *Compliance Officer Bulletin*, núm. 59, 2008, pp. 1-41. Del mismo autor, “Reforming the FSA complaint rules: a return to the battlefield”, *Compliance Officer Bulletin*, núm. 24, 2005, pp. 1-33.

²⁷² La DISP rule 3.4.3G) indica lo siguiente: “Where a firm identifies (from its complaints or otherwise) recurring or systemic problems in its sales practices for a particular type of payment protection contract, either for its sales in general or for those from a particular location or sales channel, it should (in accordance with Principle 6 (Customers’

merece destacarse, como aspecto a valorar positivamente, la asunción de competencias por la autoridad reguladora sobre los criterios de buenas prácticas que las entidades de crédito deben seguir.

En conclusión, este problema constituye un claro reflejo de los fallos existentes en el marco de la contratación bancaria referentes al incumplimiento por las entidades de crédito del deber de informar a los consumidores sobre el contenido de los productos, a las deficiencias de los análisis de las necesidades y características de los clientes para comprobar la adecuación de los distintos productos, así como la ineficacia de los controles previstos. Ello no conduce sino a reflexionar sobre las debilidades de la autorregulación del sistema bancario y financiero en lo relativo a la protección de los consumidores y a la satisfacción de sus necesidades y expectativas.

4. Conflicto derivado del mal asesoramiento financiero: el caso del «Commonwealth Financial Planning failure»

En los apartados anteriores hemos estudiado conflictos bancarios cuyo origen radica en la propia naturaleza de los contratos como contratos de adhesión así como en la vulneración del deber de transparencia de las entidades de crédito por la falta de una información completa de los

interests) and to the extent that it applies), consider whether it ought to act with regard to the position of customers who may have suffered detriment from, or been potentially disadvantaged by such problems but who have not complained and, if so, take appropriate and proportionate measures to ensure that those customers are given appropriate redress or a proper opportunity to obtain it. In particular, the firm should: (1) ascertain the scope and severity of the consumer detriment that might have arisen; and (2) consider whether it is fair and reasonable for the firm to undertake proactively a redress or remediation exercise, which may include contacting customers who have not complained”.

productos. Sin embargo, otra de las relaciones jurídicas que podía establecerse entre entidades de crédito y sus clientes es la de asesor-cliente. En efecto, las entidades de crédito pueden actuar como asesores, aconsejando a sus clientes cómo invertir sus activos para obtener rentabilidad. Actividad que recibe el nombre de “asesoramiento financiero” o “gestión del patrimonio” (en inglés, “*financial planning*”²⁷³), normalmente englobada en el concepto de “Banca privada”. El cliente, por su parte, que no tiene por qué ser experto en finanzas, deposita su confianza en la diligencia y responsabilidad de la entidad de crédito para gestionar sus recursos económicos de forma que le proporcionen beneficios y una mayor rentabilidad de la obtenida si ellos administrasen y gestionasen tales recursos directamente.

No obstante, cabe la posibilidad de que la entidad de crédito no actúe con la diligencia debida ni esperada, exponiendo los activos de los clientes y, por ende, a los propios clientes, a riesgos innecesarios por no llevar a cabo los análisis de adecuación de los perfiles de los clientes inversores (muy conservador, conservador, moderado, dinámico y arriesgado) a los productos contratados. Este es el caso de uno de los bancos más importantes –y el más grande– de Australia, el

²⁷³ Sobre esta actividad en Australia, véase, por todos, CULL, M., “The rise of the financial planning industry”, *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 26-37. El autor analiza el contenido de la actividad, así como su evolución desde la civilización antigua hasta su profesionalización, existiendo en Australia tres organismos profesionales predominantes dedicados a esta actividad: la *Financial Planning Association* (FPA), *CPA Australia* y el *Institute of Chartered Accountants in Australia* (ICAA).

Véase, también, FINANCIAL PLANNING ASSOCIATION OF AUSTRALIA LIMITED, “Face of remuneration set to change”, *Financial Planning*, vol. 20, núm. 10, 2008.

Commonwealth Bank of Australia (en adelante, CBA). Precisamente, en julio de 2014 salió a la luz pública el escándalo de la planificación financiera (en los medios de comunicación aparece con los titulares “*Commonwealth Financial Planning failure*” o incluso “*multi-million-dollar financial planning scandal*”), cuyas causas son la desinformación y el inadecuado asesoramiento ofrecido por el Banco a sus clientes durante el periodo comprendido entre septiembre de 2003 y julio de 2012, lo que le ha supuesto –de momento– más de 60 millones de dólares en compensaciones e indemnizaciones por las pérdidas generadas a sus clientes a causa de la contratación de productos de alto riesgo, en numerosos casos sin el conocimiento de los propios clientes y, en otros, sin su expreso consentimiento.

Este servicio bancario de planificación financiera o gestión de activos es una actividad estandarizada y profesionalizada, ofrecida por la inmensa mayoría de las entidades de crédito, que cuentan con, al menos, una división o departamento dedicado en exclusiva al desarrollo de estas funciones de asesoría a sus clientes, con total independencia de que se trate de personas físicas o jurídicas. Concretamente, el CBA cuenta con dos divisiones, denominadas *Commonwealth Financial Planning Limited* (en adelante, CFP) y *Financial Wisdom Limited* (en adelante, FWL). Ambas han fallado en sus funciones.

Aun a pesar de que prácticamente la totalidad de los bancos importantes ofrecen el mismo servicio, la problemática con el CBA²⁷⁴

²⁷⁴ El escándalo del CBA ha traspasado incluso los lindes del ámbito estrictamente bancario, pues el CBA habría intervenido ilegalmente las conversaciones telefónicas de uno de sus clientes, el Sr. Michael Murphy, para “instigarle” por las negociaciones que estaban en curso con un programa de televisión (“*A Current Affair*”), donde explicaría su

obedece a la política interna de remuneraciones de los trabajadores, que propició la mala *praxis* y subsiguiente menoscabo en los derechos e intereses de los clientes. Básicamente, los trabajadores de CFP y FWL, en lugar de atender a las características y necesidades de los clientes, seguramente pensando en los beneficios para la entidad y para ellos mismos, optaron por colocar los activos y recursos económicos de los clientes en productos de alto riesgo. Ahora bien, lo más grave de su actuación fue el *modus operandi* –generalizadamente aceptado– mediante el cual los trabajadores cambiaban los perfiles de algunos clientes para considerarlos como arriesgados e incluso algunos llegaron a falsificar las firmas de los clientes (para el consentimiento) en los contratos.

Por otra parte, este escándalo también es el reflejo del mal funcionamiento, en algunas ocasiones, de las autoridades reguladoras. En efecto, no estaríamos ante un problema de tales dimensiones si la *Australian Securities and Investment Commission*²⁷⁵ (en adelante, ASIC), hubiera actuado con rapidez y diligencia en el desarrollo de la investigación tras las denuncias de uno de los empleados de la división CFP, Jeff Morris, sobre los procedimientos (poco ortodoxos) empleados en las contrataciones de productos de alto riesgo durante el periodo comprendido entre 2006 y 2010. Por el contrario, la lentitud en su respuesta –tardó más de un año solamente en ordenar y organizar la

conflicto con el CBA por el escándalo de la planificación financiera, dado que de \$125.000 invertidos, solo dispone de \$9.000, habiendo perdido el resto en inversiones no autorizadas por él. Sobre esta noticia, véase, <http://www.news.com.au/finance/business/commonwealth-bank-secretly-recorded-phone-calls-to-michael-murphy-according-to-a-current-affair/story-fnkjldjt-1226999902937>, consultado el día 3 de septiembre de 2014.

²⁷⁵ Véase su página web oficial: <http://www.asic.gov.au/>, consultada el día 3 de septiembre de 2014.

investigación— solo ha servido para agravar aún más el conflicto, quedando afectados un mayor número de consumidores.

No obstante, esta actuación de la ASIC, como máximo responsable de la estructura y funcionamiento de las corporaciones financieras, ha sido investigada para determinar las causas y, sobre todo, depurar responsabilidades. En este sentido, el 20 de junio de 2013 el Senado solicitó a la Comisión Económica (*Senate Economics References Committee*) la apertura de una investigación que finalizara con la publicación de un Informe final, prevista para el 30 de mayo de 2013 pero que fue retrasada hasta el 26 de junio²⁷⁶. Hasta este momento el CBA había logrado mantener cierta discreción en lo referente a este asunto, resolviendo las reclamaciones de los clientes a través de sus procedimientos internos de resolución de conflictos. Sin embargo, las conclusiones reveladoras del Informe conllevaron que los medios de comunicación y asociaciones de consumidores se hicieran eco del conflicto y tomaran iniciativas contra la vulneración de los derechos e intereses económicos de los clientes.

Las conclusiones más críticas versaron, por un lado, sobre la actuación del CBA, tanto en lo que concierne al incumplimiento de su régimen interno de actuación —publicando asimismo evidencias de fraude, falsificación y encubrimiento por parte de la dirección del CBA en este asunto— como del deficiente procedimiento interno de tramitación de reclamaciones al no ser aplicado a todos los consumidores afectados

²⁷⁶ El contenido del Informe final está disponible en línea: http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/ASIC/Final_Report/index, consultado el día 3 de septiembre de 2014.

atendiendo a los mismos criterios y, por otro lado, sobre la investigación – calificada en el propio Informe como “autocomplaciente”– dirigida por la ASIC. Como respuesta a estas constataciones, se han adoptado una serie de medidas correctoras que buscan paliar los efectos negativos del conflicto y mejorar las garantías de un correcto funcionamiento de la actividad de planificación financiera.

Por un lado, como medida correctora –y represiva– de la conducta seguida por los trabajadores de la CFP y FWL, considerada como falta grave en los términos establecidos en sus reglamentos internos de conducta, el CBA aceptó, a principios de agosto de 2014, la modificación de las condiciones previstas en la licencia como servicio financiero (*Australian Financial Services licence conditions*) que han conllevado una reforma estructural, organizativa y en las políticas de dirección²⁷⁷. Igualmente, estas nuevas condiciones han sido diseñadas para garantizar una compensación adecuada para aquellos consumidores que hubieran sido víctimas del fraudulento asesoramiento.

Por otro lado, aunque en íntima conexión con la medida anterior, el CBA ha quedado compelido a reabrir el procedimiento de compensación económica de los clientes afectados, debiendo contactar por ello con más de 4000 clientes con la finalidad de ofrecerles hasta \$5000 para sufragar un asesoramiento jurídico o financiero independiente que evalúe la adecuación de los consejos recibidos inicialmente por parte de FCP o de FWL.

²⁷⁷ Todo el equipo directivo del CBA, en especial de las divisiones del CFP y FWL, deben firmar una carta, dirigida a la ASIC, donde manifiesten su voluntad de obedecer y cumplir con lo establecido por las nuevas condiciones.

Asimismo, estos clientes afectados quedan legitimados para instar al propio CBA la revisión de su caso mediante el denominado *Open Advice Review program*, accesible desde julio de 2014. Este programa proporciona una evaluación de la asesoría financiera, dando acceso a los afectados a un abogado independiente y a un panel de revisión independiente. En este sentido, cualquier cliente que haya recibido asesoramiento de los miembros del CFP o del FWL, en el periodo comprendido entre 2003 y 2012, resulta legitimado para ser parte en el procedimiento. Así las cosas, un equipo especializado del propio Banco revisará la documentación aportada por ambas partes con la finalidad de determinar la existencia de irregularidades. Finalizada esta revisión, un defensor del cliente –aunque financiado por el CBA– enviará al cliente conjuntamente la valoración final y la oferta económica en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados. Ahora bien, si el cliente no queda satisfecho bien con la valoración bien con la oferta de compensación, tiene derecho a solicitar una nueva revisión, conducida esta vez por un panel independiente que determinará la necesidad de dicha indemnización y, en su caso, la cuantía adecuada. La decisión del panel tendrá fuerza vinculante para el CBA, no así para cliente que, en caso de disconformidad, podrá dirigirse al *Ombudsman* bancario o acudir a los tribunales judiciales competentes.

Finalmente, en el plano legislativo también se van a adoptar medidas para imponer un mayor control a esta actividad de asesoramiento financiero a la par que garantizar una mayor protección de los consumidores, evitando así que esta situación pueda repetirse en el futuro.

En este sentido, el día 2 de septiembre de 2014, Peter Whish-Wilson²⁷⁸, Senador del Partido Político *The Greens*, adelantándose a las conclusiones derivadas de la Investigación del Sistema Financiero (en adelante, FSI por sus siglas en inglés, *Financial System Inquiry*) que se está llevando a cabo en Australia desde diciembre de 2013²⁷⁹, ha presentado ante el Senado un Proyecto de Ley con el objetivo de introducir enmiendas en la vigente Ley de Sociedades (*Corporations Act 2001*), bajo el nombre “*Corporations Amendment (Financial Advice) Bill 2014*”.

Uno de los aspectos clave de este Proyecto de Ley es la modificación de las definiciones básicas “general advice” por “general information”. Nótese que la *Corporations Act 2001* distingue entre dos categorías de asesoramiento, la personal (*personal advice*)²⁸⁰ y la general (*general advice*)²⁸¹. La razón de modificar esta última responde al objetivo de clarificar a los consumidores si tal asesoramiento refiere de sus circunstancias personales o se trata meramente de la información genérica sobre la variedad de productos ofertados por la entidad. De la misma

²⁷⁸ The Greens Senator for Consumer Affairs, Competition Policy and Small Business.

²⁷⁹ Esta (macro)investigación cumple con la misión de establecer la futura dirección del sistema financiero. Sin embargo, esta no es la primera investigación que se lleva a cabo en este sentido, pues las anteriores (1981 y 1997) dieron como resultado grandes reformas, tales como la creación de la APRA y de la ASIC. Asimismo, esta desregulación que caracteriza al sistema financiero es la causa de su resistencia y estabilidad frente a la crisis económica mundial actual.

Para una información completa y detallada de la FSI, véase la página web oficial: <http://fsi.gov.au/>, consultada el día 3 de septiembre de 2014.

²⁸⁰ COWEN, J., BLAIR, W. y TAYLOR, S., “Personal financial planning education in Australian Universities”, *Financial Services Review*, vol. 15, pp. 43-57 y BLACK, K., CICCOTELLO, C. S. y SKIPPER, H. D., “Issues in Comprehensive Personal Financial Planning”, *Financial Services Review*, vol. 11, núm. 1, 2002, pp. 1-9.

²⁸¹ BEATTY, A., FORREST, K. y GRADY, R., “Chapter 4. Product Regulation”, en AA.VV., *Australian Finance Law*, op. cit., p. 102.

forma, se considerará comportamiento ilegal o fraudulento cuando se asegure al cliente que se le está asesorando pero en realidad simplemente se le esté proporcionando información general.

Este conflicto demuestra, una vez más, la superioridad de las entidades de crédito respecto de los clientes, desamparados por una pésima regulación e incluso por una lenta e inadecuada respuesta de las autoridades reguladoras y supervisoras de los servicios financieros, lo que no hace sino agravar las consecuencias del conflicto. Desde instancias gubernamentales, así como desde las autoridades competentes en la regulación y supervisión del funcionamiento del sector bancario, se debería tratar de evitar esta clase de comportamientos negligentes o de mala *praxis*, no de corregirlos cuando una importante colectividad de consumidores haya sido víctima de estos abusos y haya sufrido, por añadidura, los graves perjuicios económicos y también personales.

CAPÍTULO SEGUNDO. PROTECCIÓN DEL USUARIO BANCARIO: TUTELA EXTRAJURISDICCIONAL

El fin último de la regulación de cualquier actividad comercial en la que una de las partes contractuales sea un consumidor es la protección de sus legítimos derechos e intereses. Esta protección deviene fundamental en aquellas relaciones jurídicas donde, *per se*, existe un desequilibrio importante entre las partes, tal y como sucede en el ámbito de la contratación bancaria. En este sentido, la regulación de la actividad bancaria expuesta *supra* tiene como objetivos, por un lado, la delimitación del ámbito subjetivo de las entidades prestadoras de servicios financieros para su consideración como entidades de crédito, así como su capacidad contractual y, por otro lado, el establecimiento de normas que ejerzan una suerte de autocontrol de las políticas comerciales y de actuación adoptadas por las entidades en *pro* de la salvaguarda de unos estándares mínimos de protección. A tal fin responde la normativa sobre transparencia –cuyo máximo exponente es la Orden sobre transparencia y protección de 2011– así como las guías y códigos elaborados por la Autoridad Supervisora – Banco de España– sobre las buenas prácticas y usos financieros.

Así las cosas, la protección efectiva de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros constituye la base y fundamento de la regulación del sistema bancario. El entramado legal vigente en nuestro ordenamiento busca fijar un nuevo marco de protección que garantice el equilibrio entre la entidad de crédito y el consumidor en el momento de contratar un determinado producto o servicio que, como todos sabemos, no existe en la realidad práctica.

Esta y otras son las razones que justifican la existencia del Derecho de consumo y, por ende, de la legislación de protección de los consumidores en sectores complejos como el bancario que se han convertido en imprescindibles en nuestro día a día. Fundamento y regulación que trataremos de plasmar en este Capítulo, así como los pormenores de las medidas legislativas adoptadas, tanto para la protección del consumidor en general como del cliente bancario en particular, haciendo especial hincapié en los instrumentos y mecanismos de los que se sirven los clientes bancarios para defender aquellos derechos e intereses económicos que entienden vulnerados por el quebrantamiento por parte de las entidades de crédito tanto de la normativa sobre transparencia y de protección de los consumidores como de las buenas prácticas y usos financieros.

I. LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DEL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS

La defensa de los derechos e intereses de los consumidores ha constituido y constituye una de las grandes preocupaciones de la sociedad, sobre todo teniendo en cuenta la posición privilegiada que han asumido las entidades de crédito y, por el contrario, el hecho de que el consumidor haya quedado relegado a un mero adherente del contrato, erigiéndose como la parte débil de esta relación contractual. Ello debido especialmente a los contratos de adhesión consecuencia del fenómeno de la contratación en masa. Básicamente, las entidades de crédito elaboran, de forma

unilateral, formularios-tipo que restringen, hasta casi anular, el poder de negociación del consumidor sobre las condiciones que le van a ser impuestas. De ahí la preocupación por defender los derechos de los consumidores en general y de los usuarios de servicios financieros en particular.

El fenómeno de la globalización que hace décadas azotó nuestra sociedad, ha implicado grandes cambios –y por qué no, progresos–, especialmente en materia económica al crear un mercado global, pero también ha venido ligado a otro fenómeno, la internacionalización. Este último fenómeno, unido además a la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación y del consumo, ha supuesto un notable incremento de las transacciones transnacionales. No obstante, el contexto socio-económico característico de los últimos años ha causado mella en la confianza de los más de 400 millones de consumidores que conforman la Unión Europea y, por ende, en el funcionamiento del mercado interior²⁸². En la misma línea que los consumidores, los empresarios también muestran mayor reticencia a vender sus productos u ofrecer sus servicios más allá de sus fronteras geográficas.

²⁸² El mercado interior fue definido por primera vez en el artículo 14.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957 como “*un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada*”. Sin embargo, este mercado interior no es simplemente un espacio económico, sino también social, en donde cobra una especial importancia la política de protección del consumidor. Al respecto, véase, BOURGOIGNIE, T., “Seguridad del consumidor y vigilancia del mercado: estrategias y herramientas legales”, en AA.VV., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 94.

Ahora bien, esta preocupación por proteger al consumidor de las imposiciones de las entidades de crédito fue una política planteada ya en el año 1975, con la adopción de la Resolución del Consejo de 14 de abril, *relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores*²⁸³, cuyo artículo 3 declaraba 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*”.

Esta inquietud por la protección del consumidor que comenzó en 1975 ha quedado reflejada en el abanico normativo vigente en el Derecho contractual de consumo. Nótese que se ha dispensado protección al consumidor a nivel nacional, pero sobre todo a nivel europeo²⁸⁴ – normalmente la normativa europea prevé el estándar mínimo de protección que deben ofrecer los Estados miembros– especialmente en los últimos tiempos, pues con mayor frecuencia los consumidores realizan transacciones transnacionales a través de las plataformas o portales virtuales que las propias entidades de crédito ponen a disposición de los consumidores, lo que brinda la oportunidad de contratar con entidades de crédito sitas en otro Estado miembro. De esta forma la oferta de bienes y

²⁸³ DO C 92, de 25 de abril de 1975.

²⁸⁴ Véanse, por todos, PALAO MORENO, G., “La protección de los consumidores en el ámbito europeo”, en AA.VV., *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73-94. El autor expone el proceso de regulación de la protección de los consumidores a nivel de la Unión Europea, haciendo una especial mención a los Tratados que han supuesto un hito en la evolución del Derecho comunitario de consumo. Y ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, pp. 7-19.

servicios se incrementa, ofreciendo precios más competitivos y mejorándose, a su vez, el funcionamiento del mercado interior –objetivo básico de las medidas adoptadas a nivel europeo–. Pero ello no es posible, al menos no de forma óptima, sin la previsión de un adecuado nivel de protección que permita que dicho mercado sea efectivamente competitivo.

En suma, como concluye acertadamente la doctrina, “la consagración de un sistema de protección de los derechos de los consumidores es producto de la modernidad, resultado del estado del bienestar social, en el que la tecnología, la producción, la fabricación en masa, los medios de comunicación, [...] ha condicionado [...] los comportamientos de los hombres y mujeres”²⁸⁵.

En esta consagración y desarrollo de la política de protección del consumidor ha jugado un papel importante “el ingreso de España en la Unión Europea [...], ya que ha supuesto un fuerte impulso para el llamado Derecho de competencia y Derecho de consumo, determinando, de otra, que nuestra legislación haya debido adaptarse a las exigencias del Derecho comunitario [...]”²⁸⁶. Esta afirmación queda corroborada por el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español²⁸⁷. En efecto, en la parte introductoria indica que

²⁸⁵ BARONA VILAR, S., “Capítulo I: Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por BARONA VILAR, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 26.

²⁸⁶ SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 16.

²⁸⁷ Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008. Documento disponible en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>, consultado el día 15 de enero de 2014.

“la entrada de nuestro país en las Comunidades Europeas en el año 1986 ocasionó cambios profundos en la estructura de nuestro ordenamiento. Tras la incorporación inicial del “acervo comunitario” entonces vigente, el cuerpo de normas que forman parte del Derecho comunitario ha seguido creciendo hasta la actualidad, no sólo a través de un derecho secundario cada vez más amplio y con nuevos desarrollos en materia de acción internacional de la Unión Europea o de nuevas formas de actuación normativa, como el método abierto de coordinación, sino también con las sucesivas modificaciones del derecho primario, muy señaladamente con la creación de la Unión Europea, en la que han venido a insertarse las Comunidades originarias”.

En las siguientes líneas trataremos de sintetizar las disposiciones legales y reglamentarias adoptadas en el marco de las relaciones de las entidades de crédito con sus usuarios, con el fin de ofrecer una visión amplia y global del marco de protección del usuario de servicios financieros. Relacionado con esto, explicaremos cuáles son las disposiciones que completarán las específicas del sector bancario para obtener una tutela eficaz. Ello por cuanto el usuario de servicios financieros, en tanto en cuanto cumpla los requisitos para ser considerado consumidor en términos más genéricos, quedará asimismo amparado por las disposiciones que sobre defensa de los consumidores estén previstas en su ordenamiento jurídico interno. Comenzaremos estudiando el marco general de defensa de los consumidores y usuarios, haciendo mención a la legislación reciente tras la reforma introducida en 2014, así como identificando las normas reguladoras de este aspecto en Reino Unido y Australia.

1. El marco normativo general de protección del consumidor. Referencia a la revisión del acervo comunitario en materia de consumo

El complejo normativo que aquí vamos a estudiar viene a complementar el marco jurídico de protección de los usuarios de servicios financieros en caso de que éstos cumplan los requisitos y características exigidos en la normativa general de defensa de los consumidores. En estos casos, la obtención de tutela será efectiva mediante la conjunción de ambas normativas, resultando de aplicación la normativa que resulte más favorecedora para el usuario de servicios financieros que sea considerado a su vez consumidor, de conformidad con el principio *pro consumatore*²⁸⁸.

1.1. La necesidad de proteger al consumidor

Al respecto, no podemos olvidar que una de las políticas fundamentales a nivel nacional ha sido la fijación de un adecuado marco de protección de los consumidores. España es buen ejemplo de ello. De hecho, nuestra propia Constitución ya contiene –en su artículo 51– un mandato a los poderes públicos consistente en la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces frente a los posibles fallos del mercado²⁸⁹. Pero además, reconoce en su artículo 38 la libertad de

²⁸⁸ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 788.

²⁸⁹ Este precepto, que constituye un principio informador del ordenamiento jurídico, reconoce todos los derechos fundamentales del consumidor: derecho a la protección de su salud, de su seguridad y de sus legítimos intereses económicos, aunque también reconoce

empresa como un derecho que debe desarrollarse en el marco de la economía de mercado, previendo para ello que los poderes públicos garanticen su ejercicio.

Así pues, encontramos una justificación para la consagración constitucional de este Derecho de consumo en la llamada “Constitución económica”, entendida como el conjunto de “*normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica*”²⁹⁰, es decir, que propicien e impulsen el desarrollo de los factores de producción y distribución²⁹¹.

En cumplimiento del citado mandato constitucional, el legislador promulgó la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, LGDCU)²⁹², que aspiraba, tal y como quedó explicitado en su Exposición de Motivos, a “*dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y*

los derechos instrumentales: derecho a la información, educación y representación de los consumidores.

Sobre este principio rector de protección de los consumidores dentro del marco constitucional de protección, véase, por todos, CANOSA USERA, R., “Capítulo 3. Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*, coord. por LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F., y MESEGUER VELASCO, S., Netbiblo, La Coruña, 2008, pp. 79-85.

²⁹⁰ STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre. (B.D. Westlaw, RTC 1981/37).

²⁹¹ A favor, ARIAS BARRERA, L. C., “Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero”, *Revist@ e- Mercatoria*, vol. 7, núm. 1, 2008, p. 2.

²⁹² BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.

comercio interior” y que, asimismo, quedó plasmado en su artículo 1, al indicar que la política de defensa de los consumidores y usuarios debía realizarse en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128²⁹³ de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139²⁹⁴.

Esta norma constituyó, sin duda, uno de los hitos más importantes en cuanto a protección de los consumidores refiere, especialmente en lo concerniente a la contratación en masa con condiciones generales por su influencia sobre todo en el sector financiero. Buena prueba de ello es la consideración de la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores como un derecho básico [artículo 2.1b) de la LGDCU].

En 2007, no obstante, en cumplimiento de la Disposición Final Quinta (en adelante, DF) de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios*²⁹⁵, se refundió en un único texto la LGDCU conjuntamente con las demás leyes que habían transpuesto otras Directivas europeas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella.

²⁹³ El artículo 128 de la Constitución reza de la siguiente manera: “1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

²⁹⁴ El contenido del artículo 139 de la Constitución es el que sigue: “1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. 2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

²⁹⁵ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

Para la identificación de dichas normas se consideró el listado del anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*²⁹⁶, (en adelante, Directiva 98/27/CE). De las modificaciones realizadas en nuestro ordenamiento interno para dar cumplimiento a las disposiciones de esta Directiva destacamos la operada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁹⁷, (en adelante, LEC), por cuanto afecta a la tutela judicial en tanto que facilita y mejora el ejercicio de la acción de cesación, pues contempla aspectos esenciales tales como la exención del deber de prestar caución o la imposición de multas coercitivas disuasorias. Además,

²⁹⁶ DOUE núm. 166, de 11 de junio de 1998. Derogada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*. (DOUE L 110/30, de 1 de mayo de 2009).

Fueron objeto de refundición junto a la LGDCU, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE núm.283, de 26 de noviembre de 1991); la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002, pp. 44759-44764), para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003, pp. 27160-27164), la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE núm. 161, de 07 de julio de 1994) y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados (BOE núm.161, de 07 de julio de 1995). Además, se incorporó a la misma la regulación sobre garantías en la venta de bienes de consumo, la de viajes combinados y la de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

No obstante, otras normas citadas en el Anexo de la Directiva no fueron incluidas en la refundición dado su específico ámbito de aplicación, como las leyes que regulan los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, las normas sobre radiodifusión televisiva, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de la Publicidad.

²⁹⁷ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

quedan capacitadas y legitimadas para ser parte y actuar en procesos judiciales ante los tribunales españoles las entidades de otros Estados miembros, siempre y cuando sea consecuencia del ejercicio de una acción colectiva de cesación. En otras palabras, la LEC se elaboró con el fin de facilitar al consumidor el acceso a la tutela judicial efectiva²⁹⁸, como derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, constituyendo además la condición de eficacia para las iniciativas previstas para la protección de los consumidores²⁹⁹, creando así “el primer sistema común de tutela jurisdiccional civil de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios”³⁰⁰. Así las cosas, de la refundición de estas normas en un único texto se promulgó el TRLGDCU³⁰¹.

Pero esta es solo una de las numerosas normas que en materia de protección de los consumidores se hallan disponibles en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues, además de las ya mencionadas se promulgó una norma muy importante, no solamente por su contenido, sino por las consecuencias sobre las políticas de actuación y las repercusiones

²⁹⁸ SAN CRISTÓBAL REALES, S., “La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002”, *Anuario Jurídico y Económico Escuraliense*, XXXVIII, 2005, pp. 41-92. Se analizan con detalle todas las pretensiones que los consumidores pueden ejercitar ante los tribunales con la finalidad de tutelar sus intereses supraindividuales, distinguiéndolos entre intereses difusos e intereses colectivos.

²⁹⁹ SANCHIS CRESPO, C., “Capítulo VIII: La prueba en los procesos de consumo”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 317.

³⁰⁰ JIMÉNEZ FORTEA, F. J., “Capítulo II: La capacidad en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 77.

³⁰¹ Concretamente, los contratos con consumidores están contemplados en el Título I, del Libro II del TRLGDCU junto con las garantías. Dicho Título se divide, a su vez, en dos capítulos. El primero de ellos regula el régimen general de los contratos mientras que el segundo sistematiza el derecho de desistimiento.

sobre los contratos bancarios. Se trata de la LCGC, resultado de la transposición de una Directiva europea, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*³⁰², (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

1.2. La revisión del acervo comunitario en materia de consumo

Avanzando en el tiempo hasta nuestros días, es necesario apuntar dos estrategias legislativas que se han llevado a cabo a nivel europeo durante la última década. Se trata de la iniciativa de crear un Derecho contractual europeo³⁰³ y de la revisión del acervo comunitario en materia

³⁰² DOCE L núm.095, de 21 de abril de 1993.

³⁰³ Esta iniciativa dio el pistoletazo de salida en 2001 a cargo de la Comisión Europea. A tal efecto, la propia Comisión abrió un proceso de consulta pública sobre los problemas de las diferencias entre el Derecho contractual de los Estados Miembros, en el que se invitaba a *“ampliar el debate incitando a contribuir al mismo a los consumidores, las empresas, las organizaciones profesionales, las instituciones y administraciones públicas, los círculos académicos y las restantes partes interesadas”*. Comunicación de la Comisión sobre “Derecho contractual europeo”, COM (2001) 398 final, p. 6. Primer documento de consulta elaborado por la Comisión para analizar los problemas derivados de la fragmentación jurídica y así proponer soluciones. Véase las respuestas en COM (2003) 68 final, pp. 29-50, y la relación de las entidades e instituciones que participaron o contribuyeron, pp. 51-59.

En 2003 se presentó el denominado “Plan de Acción”, regulado en la Comunicación de la Comisión “Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción”, [COM (2003) 68 final], en donde se hace hincapié en la necesidad de que las propuestas tengan en cuenta el Marco Común de Referencia, concebido como un documento que incluye definiciones, principios generales, normas jurídicas, etc., siendo accesible al público y con el fin de ayudar a garantizar un mayor acervo en el ámbito de Derecho contractual.

Sobre el MCR y la creación de un Derecho contractual europeo, véanse, COM (2004) 651 final, pp. 10-14; COM (2005) 456 final, pp. 2-6; RUTGERS, J. W., “European competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument”, en AA.VV., *Towards a European Civil Code (Fourth revised and extended edition)*, ed. por HARTKAMP, A., Kluwer Law International, 2011, pp. 311-333;

de consumo³⁰⁴. Pero, ¿por qué?, ¿estábamos los consumidores protegidos por unas normas desfasadas e inadaptadas a la realidad? Pues bien, la

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ed. por VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE NÖLKE, H., Sellier, Munich, 2009; LEIBLE, S., “El futuro del Derecho Privado europeo”, *Diario La Ley*, núm. 7085, 2008, pp. 1-4; AA.VV., *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, ed. por FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., Munich, Sellier, 2008; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, en AA.VV., *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157-191; REICH, N., “A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for consumers?”, *Journal of Consumer Policy*, 28, 2005, pp. 384-404; KARSTEN, J. y PETRI, G., “Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission’s 2004 Communication «European Contract Law and the revision of the acquis: The way forward»”, *Journal of Consumer Policy*, 28, 2005, pp. 31-51; AA.VV., *Principles of European contract law: part III*, ed. por LANDO, O., Kluwer Law International, La Haya, 2003; KARSTEN, J. y SINAI, A. R., “The Action Plan on European contract Law: Perspectives for the future of European Contract Law and EC Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 26, 2003, pp. 159-195.

³⁰⁴ Este proceso dio comienzo en 2004. Las cuestiones analizadas fueron recogidas en la Comunicación de la Comisión sobre “*Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*”, [COM (2004) 651 final]. Destacan, entre otras, la protección fijada por las Directivas, el nivel de armonización, el nivel de regulación, la aplicación efectiva de las Directivas y las posibles lagunas existentes. Para ello se prevé “*la elaboración de una base de datos pública sobre el acervo que incluya la legislación y jurisprudencia nacionales, así como un análisis comparativo de la aplicación de las Directivas en la práctica; la creación de un grupo de trabajo permanente compuesto por expertos de los Estados Miembros para intercambiar información y analizar la aplicación del acervo y la elaboración de informes de aplicación de las Directivas de indicación de los precios, venta a distancia, venta de productos de consumo y acciones de cesación*” (apartado 2º).

En una primera fase de diagnóstico se realizó un análisis de la transposición y aplicación de las Directivas en materia de consumo por los distintos Estados Miembros para así establecer los problemas reglamentarios, las barreras al comercio interior y las lagunas existentes para poder plantear soluciones que mejoraran el funcionamiento del mercado interior. A tal efecto, la Comisión publicó durante esta fase de revisión del acervo varios informes sobre la transposición de las Directivas sujetas a revisión, como por ejemplo el Informe relativo a la Directiva sobre ventas a distancia [COM (2006) 514 final], disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0514:FIN:ES:PDF> y el Informe relativo a los bienes y garantías de consumo [COM (2007) 210 final] disponible en: [161](http://eur-</p></div><div data-bbox=)

razón fundamental que justifica ambas iniciativas, pero en especial la revisión del acervo en materia de consumo, es la preocupante situación de fragmentación del marco jurídico en ambos ámbitos, como expresamente ha manifestado la propia Comisión Europea en numerosas ocasiones³⁰⁵, y la imperiosa necesidad de unificarlos y adaptarlos a las necesidades y características actuales, con el objetivo básico de mejorar el funcionamiento de la Unión Europea.

En este sentido, es una realidad innegable que la coyuntura económica y social ha sido la causa de la exigencia de una revisión de la protección del consumidor. No es la primera vez que los “vaivenes económicos, políticos y sociológicos”, como indica BARONA³⁰⁶, provocan “diversos *tempus* en la exigencia de una política de protección del consumidor”. Esta estrategia europea consistente en la revisión del acervo comunitario, sobre la que profundizaremos en las siguientes líneas, es solamente un ejemplo más, y seguramente no será el último, de la necesidad de que la legislación se adapte a una sociedad cambiante.

Precisamente, las dos estrategias enunciadas dieron sus frutos en octubre de 2011, con la aprobación de la Directiva sobre los derechos de

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0210:FIN:en:PDF, consultado el día 10 de enero de 2014.

³⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo” [COM (2001) 0398 final de 13 de septiembre de 2001], Comunicación de la Comisión sobre “Derecho contractual europeo y revisión del *acervo*: perspectivas de futuro” [COM (2004) 651 final, DO C 14, de 20 de enero de 2005] y Primer informe anual de la Comisión sobre los “progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo” [COM (2005) 456 final].

³⁰⁶ BARONA VILAR, S., “ADR y consumo: dos realidades complementarias”, en AA.VV., *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, dir. por LORCA NAVARRETE, A. M., Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2001, p. 19.

los consumidores³⁰⁷ y la publicación de la Propuesta de Reglamento *relativa a una normativa común de compraventa europea*, concebido como un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pueda ser elegido por las partes como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales³⁰⁸. Ambos textos normativos han sido elaborados con el objetivo de instaurar un conjunto de normas comunes en las relaciones entre comerciantes y consumidores, tratando de armonizar y homogeneizar las diferentes regulaciones preexistentes en los ordenamientos de los Estados miembros.

La decisión de revisar y modificar el conjunto de normas sobre consumo es consecuencia de la fragmentación jurídica existente que, a mayor abundamiento, repercute negativamente en la seguridad jurídica. Hasta ahora, la normativa europea relativa a la protección y a los derechos

³⁰⁷ Sobre las novedades que incorpora esta Directiva, algunas de ellas criticadas por cuanto no suponen grandes avances en la protección de los consumidores, véanse, KUNNECKE, A., “New standards in EU Consumer Rights Protection? The new Directive 2011/83/EU”, *European Scientific Journal*, febrero 2014, pp. 426-437; MARTINEZ, E., y VIDRIERAS, C., “La Directiva 2011/83/UE y su transposición en diversos Estados miembros: ¿No hubiera sido mejor adoptar un Reglamento?”, *BoDiAIco*, núm. 5, 2014, pp. 3-12; PAISANT, G., “La Directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs”, *La semaine juridique – Édition Générale*, núm. 3, 2012, pp. 103-111; CHIRITA, A. D., “The Impact of Directive 2011/83/EU on Consumer Rights”, *Ius Commune Law Series*, febrero, 2012, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1998993>, consultado el día 15 de enero de 2014 y HOWELLS, G., Y SCHULZE, R., “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, en AA.VV., *Modernising and Harmonising Consumer Contract, Law*, ed. por HOWELLS, G., Y SCHULZE, R., European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, pp. 3-25.

³⁰⁸ COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2005. Su aprobación ha sido el resultado de una estrategia promovida por la vicepresidenta de la Comisión, Viviane Reding, en 2010.

Al respecto, REDING, V., “Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt”, *ZeUP* 1/2011, pp. 1-6 (Leitartikel). En su versión traducida, AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A., “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *InDret Revista para el Derecho*, 2/2011, pp. 1-8.

de los consumidores se encontraba dispersa en varias Directivas con cláusulas de armonización mínima, lo que permitía a los Estados miembros mantener o adoptar medidas más estrictas de protección de los consumidores en sus respectivas legislaciones nacionales.

Así las cosas, nos podemos imaginar la diversidad y divergencia existente entre los distintos ordenamientos jurídicos dado que todos los Estados hicieron uso de dicha facultad con la finalidad de mejorar la protección de los consumidores. Por tanto, nos encontramos ante un panorama normativo complejo y dispar, esto es, fragmentado, en donde conviven 28 legislaciones nacionales que otorgan diferentes niveles de protección a los consumidores, lo que conlleva tanto un incremento de los costes para las empresas que quieren realizar operaciones transfronterizas como la existencia de barreras para el comercio transnacional con consumidores. Lo peor de esta disparidad es la reticencia de las empresas a realizar transacciones fuera de sus fronteras y la desconfianza de los consumidores, como consecuencia del desconocimiento de las normas y requisitos legales necesarios para la comercialización de sus productos o servicios en un Estado miembro distinto al de origen, así como de los derechos y obligaciones de los consumidores.

Las empresas deben, por tanto, sufragar los costes derivados del asesoramiento legal y jurídico para conocer de antemano el nivel de protección vigente en el Estado miembro del consumidor y asegurarse el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en dicha legislación, debiendo los empresarios sufragar los gastos necesarios para adaptar los contratos y los sitios web a la legislación extranjera aplicable. Los consumidores, por su parte, ante la posibilidad de concluir un contrato

transfronterizo, pueden necesitar de asesoramiento jurídico acerca de la legislación extranjera aplicable al contrato.

Existe, pues, una necesidad de “*tratar la falta de competencia efectiva y la fragmentación de los mercados, en parte causadas por la diversidad de las legislaciones nacionales en materia de contratos con los consumidores, con el fin de asegurarse de que los consumidores disfrutaran efectivamente de las ventajas de la apertura de los mercados y les resulte más fácil comprender cómo puede funcionar para ellos el mercado único*”³⁰⁹, siendo que el mercado único es un pilar importante para la UE que debe ser adaptado a las nuevas realidades, debiendo convertirse en un “*mercado fuerte, innovador y competitivo, que maximice el potencial de los servicios y beneficie directamente a los consumidores y empresarios*”³¹⁰.

Ahora bien, ¿qué Directivas europeas estaban implicadas en este reexamen? ¿Con qué fin? La finalidad última de esta política de actuación residía en la necesidad de dotar a los consumidores de unos derechos uniformes y homogéneos en todos los Estados miembros, a la vez que se elevaba el estándar de protección³¹¹. Ello se pretendía lograr, y así se ha

³⁰⁹ Comunicación de 2007, “Un mercado único para la Europa del siglo XXI”, [COM (2007) 724 final], p. 5.

³¹⁰ *Íbidem*, p. 3.

³¹¹ El Libro Verde *sobre la revisión del acervo en materia de consumo* [COM (2006) 744 final], p. 6, puso de relieve las bondades de esta estrategia, pues la armonización y homogeneización de la regulación traerá consigo la modernización y adaptación de las normas a las necesidades y exigencias de los mercados actuales, en especial teniendo en cuenta la evolución de las nuevas tecnologías y su incorporación a la operatividad diaria de las entidades de crédito. Al respecto, véanse, por todos, GOZALO LÓPEZ, V., “La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del Derecho de consumo (471)”, en AA.VV., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I congreso euroamericano de protección jurídica de los*

llevado a cabo, a través de la armonización plena³¹², esto es, de máximos, dejando atrás la línea seguida por el legislador europeo de dictar Directivas de mínimos. Esta clase de armonización “desplaza y elimina los estándares nacionales, preexistentes o futuros, con independencia de si son más o menos exigentes que el armonizado”, mientras que la armonización de mínimos conlleva que “los estándares menos exigentes son eliminados automáticamente y sustituidos por los estándares armonizados, y los países con un estándar más exigente pueden conservarlo o ignorar el estándar armonizado, pues las empresas que operen en ese mercado deberán cumplir el estándar nacional más exigente”³¹³.

¿Esto supone la derogación de toda la normativa vigente sobre la protección de los consumidores? La respuesta a esta pregunta es negativa, pues solamente ha sido derogada la normativa relativa a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, siendo el resto objeto de modificación.

consumidores), *op. cit.*, pp. 611-619 y HEIDERHOFF, B., KENNY, M., “The Commission’s 2007 Green Paper on the Consumer Acquis: Deliberate Deliberation, *European Law Review*, 35, 2007, pp. 740-751.

³¹² No se trata, sin embargo, de la primera Directiva de máximos que, en el marco de las relaciones con consumidores, ha sido aprobada. Contamos en nuestro haber con otras dos Directivas anteriores de máximos, a saber: la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, *relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo* (DOUE de 22 de mayo) y la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, *relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, respectivamente* (DOUE L 33, de 3 de febrero de 2009).

³¹³ GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional de Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 19-20.

Efectivamente, aunque en un principio quedaron englobadas en este proceso ocho Directivas³¹⁴, finalmente solo cuatro de ellas han sido incorporadas en la nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores, a saber: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*³¹⁵, aunque en la práctica tampoco ha supuesto grandes cambios en nuestra regulación interna; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*³¹⁶; la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales*³¹⁷ y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo

³¹⁴ Las Directivas europeas que finalmente no fueron modificadas por la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, por ser objeto de regulación especial, son las siguientes: la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (DOCE L 158, de 23 de junio de 1990); la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, *relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido* (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994); la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, *relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores* (DO L 080, de 18 de marzo de 1998) y la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores* (DO L 166, de 11 de junio de 1998).

³¹⁵ DOCE L 095, de 21 de abril de 1993.

³¹⁶ DOCE L 171, de 7 de julio de 1999.

³¹⁷ DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985.

de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia³¹⁸.

La misión de la modificación del marco normativo de protección de los consumidores consiste en “*contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes*” (artículo 1), pues tal y como indica la propia Exposición de Motivos, la seguridad jurídica de ambas partes contractuales –consumidor y comerciante– queda reforzada gracias a la armonización plena de determinados aspectos fundamentales, de forma que se disponga de un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos. Así se logrará acabar con la fragmentación normativa. A nuestro juicio, este principio de armonización plena es clave para entender las modificaciones introducidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros especialmente, por resultar de interés en nuestro estudio, de España y Reino Unido. Ello por cuanto uniformiza aspectos básicos aunque vitales para definir y aplicar los estándares de protección. Entre ellos destacamos la unificación de las nociones de consumidor y comerciante y las modificaciones sobre el derecho de desistimiento del consumidor y sobre la obligación de informar al consumidor en todas las etapas del contrato pero con especial énfasis en la fase precontractual.

³¹⁸ DO L 144, de 4 junio de 1997.

1.3. Las normas recientes

Todas estas modificaciones han sido incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2014. Lo más interesante de esta nueva norma es que, además de armonizar las nociones fundamentales de la contratación con consumidores, viene a dar cumplimiento a la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹⁹ en relación con la interpretación y consiguiente aplicación incorrecta del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, debiendo ser modificado el artículo 83 del TRLGDCU sobre cláusulas abusivas.

En cuanto a Reino Unido, como Estado miembro que es, también ha transpuesto las disposiciones de la Directiva³²⁰ a través de la modificación y aprobación de varias normas, la más reciente, y completa, el Decreto Legislativo “*The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*”³²¹, aprobado el día 13 de diciembre de 2013 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 13 de junio de 2014. Sus disposiciones se extienden a los territorios de Inglaterra y Gales, Escocia y Norte de Irlanda. Pero esta normativa debe ser complementada con las correspondientes Regulaciones de 2012 y 2013 en donde también se incluyen algunas de las disposiciones de esta Directiva. Precisamente,

³¹⁹ Sentencia Del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11.

³²⁰ Sobre la transposición de las disposiciones más importantes por su novedad en Reino Unido, véase, GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La transposición de la Directiva 2011/83/UE al Derecho del Reino Unido: *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 130-145.

³²¹ *Statutory Instrumens n° 3134 of 2013. Consumer Protection*. Documento disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3134/pdfs/ukxi_20133134_en.pdf, consultado el día 28 de abril de 2014.

en el document denominado *Consumer Rights (Payment Surcharges) Regulations 2012*³²² y *Enterprise Act 2002 Order 2013*³²³.

Finalmente, dado que algunos aspectos de nuestro estudio van a ser analizados desde una perspectiva comparada, procede indicar que, si bien no derivada de una norma supranacional, la protección de los consumidores también es un pilar básico de la política legislativa de Australia. Hay que tener en cuenta, además, que se trata de un sistema heredado del modelo inglés, coincidiendo en su apología de las técnicas ADR y, concretamente, en los procedimientos extrajudiciales de defensa de los usuarios de servicios financieros.

En este ordenamiento jurídico, 2011 fue un año de cambios, de avances en la defensa y protección eficaz de los derechos e intereses de los consumidores. Esta afirmación se corrobora por la entrada en vigor el mismo día 1 de enero de 2011 de la *Australian Consumer Law* (en adelante, ACL), que engloba, a su vez, aspectos fundamentales que recoge también la Directiva europea, tales como una legislación nacional sobre cláusulas contractuales abusivas, regulación de las garantías de los consumidores en la compra de bienes y servicios, normativa sobre seguridad de los productos y previsión de mayores opciones o vías de reclamación de los consumidores.

³²² *Statutory Instruments n° 3110 of 2012*. Documento disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2012/3110/contents/made>, consultado el día 28 de abril de 2014.

³²³ Documento disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2013/3168/contents/made>, consultado el día 28 de abril de 2014.

Estas normativas, junto con las modificaciones experimentadas recientemente en los ordenamientos europeos, son sustanciales por las repercusiones que, en la práctica, se van a experimentar, especialmente en relación con las definiciones de consumidor y comerciante en tanto en cuanto delimitan el alcance subjetivo de la protección dispensada a los consumidores. Más adelante analizaremos el contenido y alcance de estos conceptos, los cambios introducidos por esta nueva Directiva y sus repercusiones sobre los estándares de protección de los usuarios de servicios financieros, con la finalidad de analizar quién queda amparado por las disposiciones de esta normativa.

No obstante, la cuestión que aquí surge refiere a la determinación del régimen supletorio en la regulación de los contratos con consumidores. A tal efecto, es preciso analizar la prelación de fuentes entre el derecho de consumo en general –objeto de esta revisión– y la normativa sectorial de consumo dictada en el ámbito financiero.

A tal fin, debemos interpretar el sistema de fuentes previsto en el artículo 59, apartado 2º, del TRLGDCU que ha sido modificado por la Ley 3/2014. Con anterioridad a esta última reforma, la única referencia a la normativa sectorial en el TRLGDCU quedaba reducida a la exigencia de mantenimiento de un nivel de protección equivalente o superior al dispensado en el propio cuerpo legal. Sin embargo, la versión vigente sí proporciona unas reglas de prelación entre la normativa sectorial y la general sobre contratos con consumidores. Precisamente, el contenido del precepto es el que sigue:

«2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.»

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea.»

A la luz del contenido de esta disposición, en la práctica, esta regla significa que las normas sobre los contratos con consumidores promulgadas en el sector financiero serán de preferente aplicación con respecto de la Ley 3/2014. En cualquier caso, aun cuando esta Ley y las restantes normas modificadas por ella –de carácter general– sean de aplicación supletoria, fijan los estándares de protección que deben ser respetados –y, a potestad del legislador, incrementados–, de las normas sectoriales.

Sin embargo, debemos detener nuestra atención en la expresión “*sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa*”. Así, “esta regla de prevalencia aparece configurada como una excepción o matización a la regla antecedente, según la cual la regulación sectorial ha de respetar el nivel de protección dispensado en el TRLCU”³²⁴.

³²⁴ CORDERO LOBATO, E., “¿Protección sectorial y protección consumerista general? De minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 6 y BALBUENA TEBAR, R., “El

En otras palabras, la normativa sectorial deberá respetar en todo caso el nivel de protección establecido en la Directiva europea pudiendo, sin embargo, incrementarlo. El problema deviene cuando, como sucede con la Directiva 2011/83/CE sobre derechos de los consumidores o la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 *relativa a los Contratos de Crédito al Consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo*³²⁵ (en adelante, Directiva de Contratos de Crédito al Consumo), se trata de una Directiva de máximos que impide a los Estados miembros promulgar normas que impliquen cualquier otro nivel de protección distinto al contemplado por ella. En estos casos es cuando el TRLGDCU debe ser necesariamente de aplicación secundaria por ejemplo, con respecto a la Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*³²⁶ (en adelante, LCC) aun cuando prevea un mejor régimen de protección de los consumidores.

usuario de los servicios bancarios: estudio de su problemática a través de las fuentes”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 7, 1997, p. 398.

³²⁵ DOUE L 133, de 22 de mayo de 2008. Para un análisis de la Directiva y de las novedades que presenta, véanse, por todos, ORDÁS ALONSO, M., “El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de créditos al consumo por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2008, pp. 2673-2727 y MARÍN LÓPEZ, M. J., “La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008)”. Documento disponible en línea: http://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf, consultado el 1 de junio de 2014.

³²⁶ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011. Incorpora en nuestro ordenamiento jurídico a Directiva 2008/48/CE y que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1995). Sobre esta nueva regulación y las novedades que incorpora, véase, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario de la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo. (Ley 16/2011, de 24 de junio)”, disponible en línea: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2011/19-2011-4.pdf>, consultado el día 27 de mayo de 2014.

2. Necesidad de proteger al usuario de servicios financieros. Regulación aplicable.

Además de todas estas normas más generales de protección del consumidor, la tutela especial del usuario de servicios financieros ha despertado un gran interés entre los poderes públicos debido sobre todo al gran poder que concentran las entidades de crédito.

Las razones que sirven de justificación de esta protección también fundamentan la protección general dispensada como consumidores. Ahora bien, aparte de la posible aplicación de las normas antes expuestas, la diversidad y complejidad de los procedimientos bancarios exige el desarrollo de un marco normativo específico de transparencia y protección de los clientes bancarios, lo que garantizará el equilibrio deseado entre las partes contractuales.

Así las cosas, la clara preocupación por proteger al cliente bancario ha quedado plasmada en la legislación sectorial vigente que, por otra parte, puede agruparse en función de su finalidad. Algunas clasificaciones separan la normativa según se trate de regular los contratos bancarios en general, los préstamos hipotecarios y los créditos al consumo.

No obstante, existen otras clasificaciones. Así, encontramos la regulación que FERNÁNDEZ DE MESA VARGAS³²⁷ denomina como “normativa transversal de protección del cliente bancario”. Esta ordenación está en íntima conexión con el mandato constitucional del

³²⁷ FERNÁNDEZ DE MESA VARGAS, I., “Marco legal de protección del cliente bancario”, en AA.VV., *Conectando con el cliente*, Unacc, 2013, pp. 21-28. Disponible en línea: <http://www.unacc.com/inicio/Publicaciones/OtrasPublicaciones.aspx>, consultado el día 27 de mayo de 2014. Destacar que el autor es el Secretario general del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad.

artículo 51, destacando la LOSS, que en su artículo quinto habilita al Ministerio de Economía y Competitividad a dictar normas de protección del cliente de entidades de crédito en un doble sentido. Por un lado, debe proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, a través de disposiciones relativas a la información precontractual, la información contractual, el régimen de transparencia y la publicidad bancaria. Por otro lado, deberá dispensar una especial protección al cliente bancario en caso de comercialización de préstamos o créditos, mediante normas que favorezcan una adecuada atención a la solvencia de los clientes y a la valoración de diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, así como normas relativas a la información precontractual y a la protección de datos. Esta habilitación sigue la línea de la hasta ahora vigente LDIEC, cuyo artículo 48.2 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda a proteger a través de disposiciones especiales los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sin perjuicio de la libertad de contratación³²⁸. En concreto, debía desarrollar un régimen de protección en tres áreas: publicidad bancaria, información precontractual e información contractual.

Si bien es cierto que esta es la norma base de la regulación sectorial, no es menos cierto que las disposiciones sobre transparencia han adquirido

³²⁸ Con anterioridad, la Circular núm. 13/1981 del Banco de España, de fecha 24 de febrero, sobre Entidades de Depósito, desarrollaba la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, sobre *liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios, y financiación a largo plazo*, la cual, además de extender la aplicación del principio de libre contratación de condiciones en las operaciones de las entidades de depósito, estableció determinadas *obligaciones de publicidad y transparencia*, muy necesarias dadas las características de contrato de adhesión que revisten comúnmente las relaciones del público general con dichas entidades.

una especial relevancia hasta convertirse en las normas a tener en cuenta en cualquier caso, centrándose en ellas las modificaciones de los últimos años para garantizar el buen funcionamiento de los servicios financieros. Ello con la finalidad de garantizar la competitividad del mercado bancario y la provisión de información suficiente a los consumidores. Por ello se ha dictado la Orden de transparencia y protección de 2011, cuyas disposiciones sustituyen las obsoletas Órdenes de 12 de diciembre de 1989 *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito*³²⁹ y de 5 de Mayo de 1994, *sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios*³³⁰.

Esta Orden ha sido dictada en virtud de la habilitación concedida en el artículo 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible³³¹, al Ministerio de Economía y Hacienda, concediéndole un plazo de seis meses, para aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito.

La importancia de esta Orden reside en que concentra en un único texto todas las reglas básicas de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones relativas a la protección del cliente bancario, pero asimismo

³²⁹ BOE núm. 303, de 19 Diciembre de 1989. Esta norma derogaba la Orden de 3 de Marzo de 1987 (BOE núm. 55, de 5 de Marzo de 1987), posteriormente completada por la de 16 de Junio de 1988 (BOE núm. 145, de 17 de Junio de 1988).

³³⁰ BOE núm. 112, de 11 mayo de 1994.

³³¹ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011. Este precepto ha sido expresamente derogado por la Disposición Derogatoria de la LOSS, apartado f).

desarrolla los principios del préstamo responsable, para proteger también al potencial deudor hipotecario.

Finalmente, destacan avances en nuestra regulación en aspectos concretos, como los servicios de pago, contemplados en la Orden sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y, por último, se ha modificado la normativa relativa al régimen de publicidad de las entidades de crédito mediante la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios³³² y el crédito al consumo, con la LCC, norma que busca la protección de los intereses del consumidor a través de una armonización total que dotaría de mayor transparencia al mercado crediticio y de la introducción de nuevas prácticas responsables y una mayor exigencia de información al consumidor sobre sus derechos y obligaciones.

Todas las normas enunciadas *supra* conforman el diríamos marco legal de protección del cliente bancario, pero nuestro legislador ha previsto también un marco institucional. Esta denominación tiene su razón de ser en la previsión de instituciones de defensa y protección del cliente que, a su vez, deberán regirse por las normas precedentes. Así las cosas, se confirma que la protección del cliente bancario constituye la finalidad última del Derecho de consumo en materia sectorial bancaria.

Aunque profundizaremos en este marco institucional más adelante, interesa aquí señalar que el legislador ha previsto la oportunidad de

³³² BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010. Esta norma ha sido desarrollada por la Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre, *a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios*.

resolver los conflictos y, por ende, 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*³³³ y la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, *de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*³³⁴ (en adelante, Ley 44/2002).

En suma, la protección del cliente bancario constituye una política legislativa que busca no solo proteger los derechos del usuario bancario sino también su defensa a través de medidas específicas de tutela.

II. VÍAS DE TUTELA EN EL MARCO DEL CONTRATO BANCARIO

En el marco de la protección de los legítimos derechos e intereses de los consumidores, y especialmente en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en sus relaciones jurídico-económicas con entidades de crédito, se han ido incorporando, a favor de los usuarios de servicios financieros, una serie de cauces para defensa y solución de sus discrepancias con las entidades de crédito.

Nuestro trabajo se centra en el análisis de los procedimientos de solución de conflictos extrajurisdiccionales puestos a disposición del usuario de servicios financieros en caso de disputa con la entidad de crédito con la que ha establecido una relación jurídica contractual. Ello no

³³³ BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004.

³³⁴ BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

es óbice a una reflexión, siquiera fuere expositiva, de la solución de los conflictos bancarios a través de los Tribunales de Justicia y por medio del proceso. No en vano las vías extrajudiciales son, en la mayor parte de los casos, complementarias y/o alternativas a la vía judicial, de ahí la importancia de su estudio paralelo.

1. Vías de tutela judicial

Los usuarios de servicios financieros continúan disponiendo de todas las acciones legales en defensa de sus intereses individuales. No obstante, no es recurrente en la actualidad oír hablar de individualidad, sino de colectividad. En este sentido, los abusos colectivos de las entidades de crédito merecen una respuesta igualmente colectiva. Destacamos dos tipos de acciones perfectamente planteables³³⁵.

En primer lugar, la acción de reparación de daños colectivos o difusos, mediante la que se busca una indemnización por el daño causado.

En segundo lugar, la acción de cesación, a través de la cual se trata de obtener la prevención de las vulneraciones de los derechos e intereses económicos, esto es, una tutela preventiva. La finalidad básica de estas acciones consiste, pues, en la prevención y castigo de las violaciones de los derechos reconocidos por el Derecho europeo, entendiéndose violación

³³⁵ Para mayor información sobre la protección procesal de los consumidores, así como de la competencia de los órganos judiciales para conocer de los procesos judiciales, especialmente de aquellos en que se ejerciten acciones de cesación en defensa de los derechos de los consumidores, véase, por todos, HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Jurisdicción y Competencia en Materia de Consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

como la infracción de los derechos recogidos en las normas europeas, que además haya causado o pueda causar un grave perjuicio al consumidor.

El acceso a la Justicia es un derecho universal que debe ser garantizado por los poderes públicos. El problema es que los derechos individuales han dado paso a los derechos colectivos y difusos. Ello debido a la masificación de los contratos, lo que significa que los abusos que en ellos se cometen tienen consecuencias que afectan a un gran número de consumidores.

Así las cosas, los medios de defensa existentes han ido evolucionando para cubrir tales derechos colectivos. En este progreso ha devenido fundamental la actuación de las instancias supranacionales. El legislador europeo, consciente en todo momento de las dificultades que entraña cualquier proceso civil, reguló ya en 1998 las acciones de cesación, que han llegado a convertirse en las acciones judiciales por excelencia para proteger a los usuarios de servicios financieros.

Precisamente, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*³³⁶ se ha convertido en un hito destacable en el acceso de los consumidores a la Justicia, pues supuso abrir efectivamente el camino a la defensa de los intereses económicos y sociales de los consumidores. Sus disposiciones fueron transpuestas a nuestro ordenamiento a través del artículo duodécimo de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses*

³³⁶ DO L núm. 166, de 11 de junio de 1998.

de los consumidores y usuarios³³⁷. Ahora bien, como la preocupación del legislador europeo por el acceso de los ciudadanos a la Justicia a través de instrumentos como este no ha cesado, esta Directiva fue derogada una década más tarde por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*³³⁸.

Entretanto, el legislador europeo no ha cesado en su lucha contra la inseguridad jurídica e incertidumbre en la contratación de servicios financieros a través de medios electrónicos o telemáticos. En este sentido, ha establecido unas garantías mínimas, así como medios de tutela judiciales y extrajudiciales como el arbitraje de consumo, a través de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*³³⁹, transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 22/2007, de 11 de julio, *sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los*

³³⁷ BOE núm. 259, de 29 de octubre de 2002.

Sobre las modificaciones que la Ley 39/2002 introdujo en nuestro ordenamiento y las mejoras producidas en la obtención de la tutela jurisdiccional en relación con los intereses colectivos, véanse, por todos, PARDO GATO, J. R., “La acción de cesación como medio de protección de los intereses colectivos y de los Intereses difusos de los consumidores y usuarios”, *Estudios de Consumo*, núm. 69, 2002, pp. 29-45 y SAN CRISTÓBAL REALES, S., “La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002”, *op. cit.*, pp. 41-92.

³³⁸ DOUE L núm. 110, de 1 de mayo de 2009. Vigente hasta el 9 de enero de 2016.

³³⁹ DOUEL núm. 110, de 1 de mayo de 2009. Una parte de ella fue incorporada mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003).

consumidores³⁴⁰. Destaca la regulación de las acciones de cesación (artículo 15), que serán ejercitadas contra conductas contrarias a las disposiciones de la propia Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios. La finalidad de las mismas radica en la obtención de una sentencia condenatoria al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la legitimación activa corresponde al Instituto Nacional de Consumo, a las asociaciones de consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal y a las entidades de otros Estados miembros cuyo objeto social lo constituya la protección de los intereses colectivos de los consumidores. La amplia legitimación constituye un rasgo característico de las acciones de cesación³⁴¹.

La legislación española, debido a estos vaivenes comunitarios, ha ido adaptándose a las exigencias comunitarias tanto en lo que concierne a la normativa procesal como a la regulación material. En lo que al ámbito procesal se refiere, la regulación general se encuentra en la LEC, pero también en otras leyes sectoriales de protección de consumidores y usuarios, sobre todo en lo relativo a la defensa de los intereses colectivos y difusos³⁴². También en esta norma –la LEC– se regula la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios (artículo 11), según el

³⁴⁰ BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2007.

³⁴¹ MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 237.

³⁴² Para un estudio profuso sobre la materia, véase, por todos, ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, España, 2012.

cual los grupos de consumidores afectados, las asociaciones de consumidores³⁴³, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación poseen legitimación para pretender la tutela de los intereses colectivos³⁴⁴.

Ha transcurrido solo un lustro desde la Directiva relativa a las acciones de cesación de 2009 y desde Europa siguen en su empeño de mejorar los sistemas de tutela jurisdiccional en lo que concierne a las acciones colectivas³⁴⁵ de cesación y de indemnización, esto es, a los mecanismos de recurso colectivo (*collective redress*)³⁴⁶. Al respecto, y siempre con una voluntad uniformizadora, la Comisión Europea ha hecho pública una serie de principios comunes, aunque no vinculantes, relativos a estos mecanismos de recurso colectivo. Ha sido a través de la

³⁴³ “El grupo organizado de la mayoría de los afectados podrá reclamar como un único sujeto, evitando los problemas prácticos del litisconsorcio activo multitudinario”. ESPINO HERNÁNDEZ, L. D., “Razón de ser y evolución de la protección procesal de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010, p. 44.

³⁴⁴ Véanse, PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las "acciones Colectivas" en el Ordenamiento Jurídico Español (Un estudio comparado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; MARTÍNEZ GARCÍA, E. y ERVO, L., “Class action – a solution to access to justice problems in consumer cases? Some thoughts between the North, South and Europe”, *Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, 2013, pp. 207–229 y MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea”, en AA.VV., *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de Tango*, coord. por GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1324.

³⁴⁵ HAMILTON, P., “Dispute resolution of financial services cases in England: any place for class actions?”, *Journal of Banking and Financial Law*, vol. 27, núm. 7, 2012, p. 398.

³⁴⁶ Por todos, RODGER, B., “Chapter 5: Collective Redress Mechanisms and Consumer Case Law”, en AA.VV., *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, dir. por RODGER, B., Wolters Kluwer, 2014, pp. 157-192.

Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, *sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*³⁴⁷. Pero esta Recomendación no ha llegado sola, sino acompañada por la Comunicación “Hacia un marco europeo horizontal del recurso colectivo”³⁴⁸ y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*³⁴⁹.

Los principios de esta Recomendación versan sobre los requisitos procesales de capacidad, de admisibilidad de la demanda, las costas del proceso, la forma de financiación y los honorarios de los abogados. También contempla principios específicos según la acción a la que nos estemos refiriendo, tales como el requisito de celeridad en los procedimientos de demanda de medidas de cesación o la constitución de la

³⁴⁷ DOUE L núm. 201, de 26 de julio de 2013.

Sobre esta Recomendación, véanse, por todos, CARBALLO PIÑEIRO, L., “Recomendación de la Comisión Europea sobre los Principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013)”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 65, núm. 2, 2013, pp. 395-399 y OTERO CRESPO, M., “Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?”, *Boletín CeDe USC*, noviembre 2013. Disponible en línea: http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial_noviembre2013_MartaOteroCrespo_Acciones_Collectivas.pdf, consultado el día 24 de mayo de 2014.

³⁴⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress". [COM (2013) 401 final].

³⁴⁹ COM (2013) 404 final.

parte demandante de conformidad con el “principio de participación voluntaria” (*opt-in*). Asimismo, contempla la acción colectiva en asuntos transfronterizos cuando un conflicto afecta a personas –físicas o jurídicas– de diferentes Estados miembros, así como también regula los ADR colectivos –apartados 25 a 28–, que podrán llevarse a cabo bien en la fase previa al juicio, bien durante el juicio³⁵⁰.

Deberemos esperar, empero, hasta el 26 de julio de 2015 –fecha límite–, para la adaptación de estos principios a nuestro régimen jurídico. A lo que no debemos esperar, por el contrario, es a la bien recibida posibilidad de acumulación de las acciones de cesación con otras acciones, como por ejemplo las acciones de reclamación de cantidad e indemnizatoria. Esta opción ha sido expresamente recogida en el artículo 53 del TRLGDCU tras su revisión en marzo de 2014³⁵¹.

³⁵⁰ Desde las instancias europeas se alienta al establecimiento de sistemas ADR a escala europea y se insta a que los Estados miembros garanticen que los mecanismos judiciales de las acciones colectivas incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos. MONTESINOS GARCÍA, A., “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR”, *Redur, Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, diciembre 2014.

³⁵¹ Esta modificación ha sido introducida por el apartado ocho del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28 de marzo). Precisamente, los párrafos penúltimo y último de este precepto, afectados por la modificación, rezan de la siguiente forma: “*A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.*”

En suma, esperamos que todas estas reformas, especialmente las procesales, reporten beneficios al consumidor a la par que supongan una efectiva mejora del acceso a la Justicia de los consumidores en materia de acciones colectivas e indemnizatorias por los daños consecuencia de los abusos de las entidades de crédito.

2. Vías de tutela extrajudicial: las ADR

Junto a la tutela encomendada a los órganos jurisdiccionales, los últimos años han sido especialmente significativos en cuanto al fomento de mecanismos de solución de controversias extrajurisdiccionales, siendo especialmente destacable la tendencia exponencial en la mayor parte de los ordenamientos de estos cauces extrajurisdiccionales como vías de tutela de los consumidores y, especialmente, de los usuarios de servicios financieros. Así las cosas, el campo de la defensa de los clientes bancarios y de los consumidores en general viene caracterizado por una panoplia de normas que constituyen un reflejo fiel del movimiento *pro consumerista* actual. En este sentido, se promueve la resolución de los conflictos con las entidades de crédito a través de negociaciones y de procedimientos arbitrales, entre otros, así como mediante procedimientos específicos de resolución de quejas y reclamaciones por expertos en la materia.

Serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas”.

No podemos dejar pasar la oportunidad de analizar estos sistemas extrajudiciales de solución de conflictos y su eficacia en el marco de la contratación bancaria, cuyos principios y características difieren de los generales del Poder Judicial. Todos estos mecanismos responden al acrónimo ADR. Ahora bien, antes de entrar en detalle en algunos de ellos, debemos exponer a qué responden exactamente las siglas ADR, cuál es su origen y cómo desde instancias supranacionales han experimentado un espectacular impulso, justificado en gran medida por el colapso de la vía judicial.

2.1. Noción y origen de las técnicas «ADR»

El acrónimo “ADR” designa a los “*Alternative Dispute Resolution Mechanisms*”³⁵², traducido al español como “Mecanismos alternativos de

³⁵² Para un estudio general sobre el tema, véanse, AA.VV., *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, ed. por STEFFECK, F. y UNBERATH, H., Hart Publishing, Oxford y Portland, 2013, pp. 3-32; BROWN, H. J., MARRIOTT, A., *ADR principles and practice*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2011; BLAKE, S., BROWNE, J. y SIME, S., *Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, Oxford, 2011; SMITH S. y MARTÍNEZ, J., “An Analytical Framework for Dispute Systems Design”, *Harvard Negotiation Law Review*, núm. 14, 2009, pp. 123-169; AA.VV., *Medios alternativos de solución de controversias*, dir. por HEREDIA CERVANTES, I., Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2008; WARE, S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Thomson/West, Estados Unidos, 2007; DIAGO DIAGO, P., “Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en AA.VV., *Estudios sobre contratación internacional*, dir. por CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Colex, Madrid, 2006, pp. 151-178; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, “*Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999 y CONNERTY, A., “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, *Arbitration International*, vol. 12, núm. 1, 1996, pp. 47-55.

resolución de conflictos”³⁵³. En palabras de CAPPELLETTI, son “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales”³⁵⁴ y, por tanto, constituyen métodos que tratan de mejorar ese acceso a la justicia de los ciudadanos, actuando también como instrumentos para lograr la paz social³⁵⁵, a la par que respetan los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva reconocidos respectivamente en los artículos 9 y 24 de nuestra Constitución. A pesar de las recientes y constantes referencias que leemos y escuchamos sobre ellas, no estamos ante un concepto nuevo³⁵⁶, pues debemos remontarnos a la década de los años 60 en EE.UU. para conocer de las primeras referencias³⁵⁷. Precisamente, este impulso de técnicas

³⁵³ A pesar del uso generalizado de las siglas “ADR”, se utilizan otros términos que igualmente designan este tipo de técnicas extrajudiciales, tales como “TARC” (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos), “MESC” (Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos), “MREC” (Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos), “MASC” (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) o “MARC” (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos).

³⁵⁴ CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement”, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 282.

³⁵⁵ A favor, GORJÓN GÓMEZ, F. J., “Estado del arte de la mediación en México”, en AA.VV., *Estado del arte de la mediación*, coord. por GORJÓN GÓMEZ, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 38.

³⁵⁶ SANDER, F., “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, *University of Florida Law Review*, núm. 37, 1985, p. 2.

³⁵⁷ BARONA VILAR, S., “Fomento de las ADRS en España. (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)”, *Revista Seqüència*, núm. 51, 2005, pp. 176-177. La autora analiza la evolución del movimiento de las ADR en Estados Unidos y las tres fases en las que se puede distinguir este movimiento.

En el mundo anglosajón las ADR sustituyeron poco a poco a la “Equity”, entendida ésta como el conjunto de principios morales que consideran la virtud en la Justicia, esto es, darle a cada uno lo que le es debido. ILLÁN HERNÁNDEZ, J. M., *Mediación familiar. Guía práctica para Mediadores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 62.

alternativas a las convencionales tuvo lugar en el marco del llamado *derecho de acceso a la justicia*³⁵⁸. Aunque previamente este derecho fue reconocido en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de Roma de 4 de noviembre de 1950. Pero este acceso a la Justicia no apareció solamente como un derecho, sino que posteriormente, en las décadas de 1960 y 1970 se gestó un movimiento, de alcance global, de acceso a la Justicia, reflejo además de una nueva corriente de pensamiento jurídico procesal³⁵⁹. Este derecho y movimiento ha sido, sin duda, el impulso necesario para la instauración y desarrollo de las técnicas ADR prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos.

En un apartado posterior abordaremos las circunstancias que dieron lugar al nacimiento y expansión de este movimiento, analizando sus elementos característicos y la identificación de los problemas existentes en el ámbito de la justicia, así como las implicaciones sociales y jurídicas, destacando su importancia por las consecuencias y cambios introducidos en distintos ordenamientos jurídicos que favorecieron la dispensa de una tutela más eficaz y accesible a todos los ciudadanos, especialmente dada la transformación en la que estaba inmersa una sociedad cada vez más industrializada y centrada en la economía.

³⁵⁸ Recogido en el *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la Justicia*, COM 576 final, de 16 de noviembre de 1993.

³⁵⁹ BERIZONCE, R. O., “Virtualidad y proyecciones del movimiento del acceso a la Justicia”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2012, pp. 25-37, DAVIS, W., TURKU, H., “Access to Justice and Alternative Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2011, núm. 1, 2011, pp. 47-65, GALANTER, M., “Access to Justice in a World of Expanding Social Capability”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2009, pp. 115-121, BLOCH, F. S., “Access to Justice and the Global Clinical Movement”, *Journal of Law & Policy*, vol. 28, 2008, pp. 111-139 y DOMINGO, P., “Rule of Law, Citizenship and Access to Justice in Mexico”, *Mexican Studies*, vol.15, núm. 1, 1999, pp.151-191.

Las ADR obedecen, principalmente, a tres causas, resumidas a la perfección por BARONA VILAR³⁶⁰, a saber:

1. El colapso sufrido en los tribunales;
2. La falta de mecanismos privados de resolución de controversias en la que se encuentran inmersos los particulares y;
3. La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia.

Las ADR constituyen, pues, una consecuencia directa de la creación del Estado de bienestar y un medio para solucionar todos los problemas de acceso a la justicia para aquellas personas que, por razones de índole social, económica o cultural no tenían acceso ni podían beneficiarse de los servicios prestados por los órganos judiciales³⁶¹. Problemas que son la expresión de la inoperancia del Poder Judicial. Durante el siglo XX, el continuo incremento de los conflictos jurídicos, unido al auge de la jurisdiccionalización de la sociedad moderna³⁶², propiciaron una expansión del ordenamiento jurídico que, a su vez, fortaleció aún más ese Poder Judicial. Téngase en cuenta que “el mensaje que se ha transmitido

³⁶⁰ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, “Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 50.

³⁶¹ En la misma línea, CHASE, O. G., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, traducción de Martín Diz, F., Marcial Pons, Madrid, p. 141 y AUERBAHC, J. S., *Justice without Law*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1983, p. 95.

³⁶² “Culturalmente se ha pensado que acudir al Estado demandando justicia es la maximización de la búsqueda de la solución de conflictos. Se postula, en consecuencia, que el cauce más apropiado, más económico, más seguro es el proceso ante los tribunales de justicia”. BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, dir. por BARONA VILAR, S., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 26.

de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico”³⁶³. Fue este mismo fortalecimiento lo que, unido innegablemente a la tendencia cada vez mayor de acudir a él como vía para solventar todos los problemas, conllevó su ineficacia en la resolución de conflictos. A nuestro juicio, esta mentalidad litigiosa ha dado paso a una filosofía diferente, que tiene como fin último la resolución de cualquier conflicto sin que exista esa necesidad de acudir a un juez para encontrar una solución que sea no solo jurídicamente aceptable, sino también beneficiosa para ambas partes³⁶⁴.

Asimismo, la incorporación de las nuevas tecnologías a nuestra vida diaria ha propiciado la creación e impulso de nuevas formas de contratación a través de oficinas virtuales desarrolladas en sitios de Internet. Cada día somos más los consumidores que realizamos nuestras transacciones en línea y que demandamos una mayor oferta de productos y servicios de forma virtual, pues Internet se ha ganado el reconocimiento como una herramienta global del comercio electrónico que ha posibilitado el control y manejo de las cuentas bancarias a través de Internet.

³⁶³ ORTUÑO MUÑOZ, J. P., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documentos de trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, núm. 110, 2007, p. 16.

³⁶⁴ “Una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se ajuste a sus intereses. Constituye un error colocar la jurisdicción –la potestad estatal– en el centro del sistema de justicia civil y mercantil de un país y relegar los demás mecanismos de solución de conflictos al lugar de los medios alternativos, cuya única razón de ser se encuentra en que son medios idóneos para “descongestionar los tribunales”. ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, pp. 60-69.

Aunque con seguridad haya gente que no gestione su dinero de forma electrónica, con mayor frecuencia se demanda la posibilidad de hacerlo. De hecho, ya todas las entidades de crédito ofrecen el servicio de firma electrónica a tal fin. Las razones de ello son básicas, destacando la rapidez, la comodidad y la accesibilidad desde cualquier punto del mundo, la flexibilidad de poder hacerlo en cualquier momento del día. Todo ello aporta, sin duda alguna, un valor añadido a las partes³⁶⁵, quienes no se verán compelidas a desplazarse o comparecer ante el órgano de solución de controversias, siendo además un ahorro en tiempo y dinero, bien recibido por las partes.

Ahora bien, si vivimos inmersos en la llamada “Sociedad de la Información” y en la era tecnológica, deberíamos disponer de mecanismos que nos permitieran disolver cualquier diferencia o dificultad con el empresario a través también de Internet. A ello responden las ODR³⁶⁶, acrónimo de *On line Dispute Resolution*. Fundamentalmente son métodos extrajurisdiccionales de solución de controversias, popularizadas especialmente durante la última década, que siguen la línea de las ADR pero cuya dificultad radica en la incorporación de las TIC’s en el

³⁶⁵ A favor, LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 360.

³⁶⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 27, 2011, pp. 17-33; RUGGERI, L., “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres.”, *Revista de Internet, Derecho y Política de la UOC*, núm. 10, 2010; CLARK, E., CHO, G., y HOYLE, A., “Online dispute Resolution: Present Realities, Pressing Problems and Future Prospects”, *International Review of Law, computers & Technology*, 2010. Disponible en línea en: <http://www.tandfonline.com/loi/cirl20> y SPENCER, D., y HARDY, S., *Dispute Resolution in Australia: cases, commentary and materials*, Thomson Reuters, Pyrmont, 2009, pp. 561-573.

desarrollo del procedimiento, generalmente a través de plataformas virtuales u otros sistemas electrónicos e informáticos.

Las ODR son, pues, la respuesta inmediata a la necesidad de proporcionar métodos sencillos, ágiles y a menor coste para resolver litigios entre consumidores y comerciantes derivados de la compra venta de bienes y servicios en línea, de forma que quedaran asegurados mecanismos ADR en este ámbito, contribuyendo así a dispensar un alto nivel de protección a los consumidores y de los medios adecuados para garantizar la tutela efectiva de sus legítimos derechos e intereses económicos. No obstante, de momento las entidades bancarias no han avanzado tanto en lo que a sistemas de solución de conflictos se refiere, siendo, por regla general, utilizadas las vías más clásicas, pues aun cuando algunos trámites puedan llevarse a cabo de forma telemática, no puede considerarse que estamos ante una técnica ODR.

Finalmente, nótese que del propio acrónimo ADR pueden extraerse las principales características de estos métodos que, en términos globales refieren al protagonismo absoluto del principio de autonomía de la voluntad, la flexibilidad –este tercero neutral tiene libertad de actuación en función de las circunstancias y peculiaridades del caso–, la celeridad –el tercero neutral puede contribuir a alcanzar el resultado esperado antes incluso de que el proceso judicial dé comienzo–, el menor coste económico –los gastos son menores tanto en términos relativos como absolutos en comparación con los derivados de un proceso judicial–, el mayor protagonismo de las partes del conflicto y la naturaleza

contractual³⁶⁷. Ventajas todas ellas inherentes a estos procedimientos. Por ello, “los mecanismos de resolución de conflictos ejercen una valiosa función como facilitadores del comercio”³⁶⁸. Asimismo, las ADR presentan otros aspectos positivos que los hace especialmente atractivos en materia de consumo, como la confidencialidad, sustancialmente en ámbitos como el bancario donde prima el deber de secreto y de protección de datos fiscales y demás documentación que pueda ser susceptible de una indebida utilización por un tercero pero sobre todo facilita la continuidad de la relación jurídico-contractual³⁶⁹.

³⁶⁷ PERRIN, H., “Alternative Dispute Resolution (ADR) – An Overview of some Common Mechanisms, and their Strengths and Weaknesses in Context”, *Plymouth Law and Criminal Justice Review*, vol. 1, 2014, pp. 70-71; MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el Comercio Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 399-401 y CROOK, J., *What is Alternative Dispute Resolution (ADR)?*, Chartered Institute of Arbitrators, Reino Unido, 2010, pp. 1-2.

³⁶⁸ “La previsibilidad de los métodos de resolución de controversias, la razonabilidad de los criterios de jurisdicción o sumisión, el coste de la litigación, la ejecutoriedad de las resoluciones o la percepción de independencia del órgano decisor son factores determinantes de la certidumbre y la seguridad jurídica asociadas a las transacciones comerciales”. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Métodos alternativos de resolución de conflictos”, encontrado en www.emarketservices.es, consultado el día 7 de mayo de 2014. Este hecho se ha reflejado en el incremento del uso de las ADR en el sector privado, especialmente como medio de resolución de las controversias en el tráfico mercantil. Ejemplos de sectores en los que se han implementado estas técnicas son el sector de la industria, el financiero, propiedad intelectual, etc. BROWN, H. J., MARRIOTT, A., *ADR principles and practice, op. cit.*, p. ix.

³⁶⁹ Al respecto de las ventajas de las ADR en disputas derivadas de la contratación bancaria, véase, por todos, LEIBOWITZ, D., LESTER, C., “Banking and finance disputes”, en AA.VV., *ADR and Commercial Disputes*, ed. por CALLER, R., Sweet&Maxwell, Londres, 2002, pp. 14-20 y 24-30. Consideran que la mediación es la mejor técnica ADR para resolver las controversias nacidas en el seno de la contratación bancaria, siendo determinante el hecho de que, con esta técnica, es posible que las partes continúen con su relación contractual con posterioridad.

2.2. Las ADR: su interpretación

Las técnicas ADR deben ser entendidas como vías complementarias en ocasiones, alternativas en otras, a la vía jurisdiccional. Recordemos que el objetivo de las ADR no es, *per se*, eliminar la posibilidad de resolver el litigio por vía judicial, sino proporcionar una gestión más adecuada y eficaz a los conflictos a la par que facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos. Asimismo, presenta la gran ventaja, frente a los juicios ordinarios, de fomentar la participación de los ciudadanos en la gestión de conflictos, permitiéndoles afrontarlos y ser partícipes del proceso de resolución. En este sentido, la cláusula de sumisión a una ADR para solucionar la controversia presente o futura, inserta en un contrato, debe permitir la celebración de un ulterior proceso judicial en caso de fracasar aquélla. En estos casos, además, se precisa agotar la ADR estipulada contractualmente antes de acudir a los tribunales ordinarios³⁷⁰.

Obviamente resulta clara la distinción entre cualquier técnica ADR con el proceso judicial, empero, las ADR han evolucionado de unos mecanismos completamente separados, ajenos y, por tanto, alternativos, a quedar integrados en la propia práctica judicial. En la actualidad muchos de estos procedimientos extrajudiciales se desarrollan en el marco de procesos en curso, con la finalidad de que sean las partes las que alcancen una solución que permita el binomio *win-win* intrínseco a la naturaleza de las ADR, pero en contraposición con el binomio *win-lose* de

³⁷⁰ “La proliferación de los asuntos ante los diversos órdenes jurisdiccionales y la exigencia del respeto debido al artículo 24 de la Constitución, en cuanto a derecho a la tutela judicial efectiva, ha abierto un camino [...] hacia la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional como cauce bien complementario o bien previo a aquélla”. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, “Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal, *op. cit.*, p. 36.

cualquier proceso judicial. Por ello, a pesar de ser una cuestión controvertida, existe un cierto consenso en la identificación de la “A”, ya no con el término “*alternative*” sino con el vocablo “*adequated*”, o incluso con “*appropriate*” o “*additional*”³⁷¹.

A ello se suma la interpretación en sentido amplio del término “disputa”, pues si bien podríamos entender que, conforme la concepción original de las ADR solamente tienen cabida aquellas cuestiones o asuntos susceptibles de ser sometidos a conocimiento de los tribunales, la doctrina en general³⁷² realiza una interpretación más amplia, englobando cualquier clase de controversia, con independencia de su envergadura para poder ser planteada ante los tribunales judiciales, con limitadas excepciones.

Finalmente, la “R” alude al término resolución, lo que permite afirmar que el objetivo de estos métodos es poner fin a la controversia. Ahora bien, a nuestro juicio resulta más acertada la utilización de la expresión “solución” en lugar de “resolución”. Ello porque entendemos que las connotaciones derivadas de una y de otra no son las mismas. En efecto, existe por así decirlo una tendencia a asimilar “resolución” con el pronunciamiento emitido por los órganos jurisdiccionales, pero el término

³⁷¹ Por todos, véanse, AA.VV., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, coord. por MACKIE, K., Tottel Publishing Ltd., Reino Unido, 2007, pp. 5, 9-10; MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W., ALLEN, T., *The ADR practice guide: commercial dispute resolution*, 2ª ed., Butterworths, Reino Unido, 2000, p. 9; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, op. cit., p. 30 y BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, “*Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, op. cit., p. 69.

³⁷² Recogida por MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el Comercio Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, op. cit., pp. 406-407. La autora analiza el concepto de ADR distinguiendo entre la característica de alternativa, el objeto –la disputa– y la función –la resolución–, analizando la evolución de la interpretación terminológica por la doctrina consolidada.

“solución” es mucho más amplio, teniendo cabida más de una única solución al ser las partes o, en caso del arbitraje, el tercero, quienes deciden el contenido de esa “resolución”, pudiendo variar según las personas aun cuando exista identidad de objeto y se hayan producido varios conflictos bajo idénticas circunstancias. Por tanto, a pesar de que podamos usar ambos términos indistintamente en el contexto de las ADR, creemos más idóneo, de acuerdo con los rasgos procedimentales y la naturaleza de estos métodos, utilizar el vocablo “solución”.

2.3. *El Acceso a la Justicia como derecho y como movimiento*

Este movimiento supuso un giro de 360 grados en la visión de la Justicia, dejando de lado la percepción formalista tan característica de Europa consistente, en el sistema del *laissez-faire*, que concebía el derecho del ciudadano de acceder a la protección judicial como un derecho formal que exigía del Estado una acción que impidiera la vulneración de dicho derecho por otro ciudadano. Siguiendo a CAPPELLETTI³⁷³, el movimiento de acceso a la Justicia trata de ofrecer una visión más justa para la complejidad de la sociedad. Si bien no deniega el componente normativo de la Ley, apunta otros elementos que sustentan este movimiento. Precisamente, el elemento principal son las personas, con sus características culturales, económicas y psicológicas.

³⁷³ Este movimiento fue objeto de una investigación comparativa de cuatro años entre países europeos y norteamericanos, bajo la dirección del profesor italiano Mauro Cappelletti. La investigación fue denominada “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia”. CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *op. cit.*, pp. 282-283.

Pasamos, pues, de una concepción de la realidad jurídica unidimensional a una tridimensional, no quedando ésta constreñida exclusivamente al enfoque normativo. Así las cosas, de acuerdo con la percepción teórica de este movimiento de acceso a la Justicia, la primera dimensión refleja los problemas, necesidades y demandas de una sociedad cambiante y que impulsa la creación de instituciones jurídicas; la segunda dimensión que engloba las soluciones jurídicas a través de las instituciones y procesos disponibles para dar una respuesta a los problemas, necesidades y demandas que integran la primera dimensión y, finalmente, la tercera dimensión que refleja los resultados y el impacto de esa solución a tales problemas, necesidades y demandas.

Asimismo, este movimiento fue interpretado como un movimiento reformista, según el cual todos los obstáculos y dificultades para acceder a una Justicia eficaz debían ser superados a través de la incoación de instituciones y procedimiento eficaces que dieran respuesta a las necesidades de justicia de los ciudadanos. Con estas barreras que dificultan el acceso a los instrumentos de tutela está relacionada la evolución del movimiento de acceso a la justicia.

En efecto, se identifican tres obstáculos o barreras³⁷⁴, clave de este movimiento en su vertiente reformista. En primer lugar, uno de los principales impedimentos para acceder a los instrumentos y procedimientos judiciales de aquellos con escasez de recursos económicos, especialmente para obtener información relativa a la reivindicación de sus derechos legales de representación procesal y

³⁷⁴ CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *op. cit.*, pp. 283-284.

asistencia letrada, son los costes económicos derivados de litigar; dificultad ésta superable gracias a la instauración de un sistema de asistencia judicial gratuita, limitada, empero, a la cuantía económica presupuestada, a los requisitos objetivos a cumplir para beneficiarse de la misma y al elevado número de abogados necesarios para ofrecer un servicio de calidad³⁷⁵.

En segundo lugar, existe un problema de índole organizacional, relacionado íntimamente con la capacidad de obtención de información sobre los recursos de los que se dispone para reivindicar los derechos e intereses, esto es, los medios para obtener una Justicia eficaz. En este sentido, el acceso a la justicia ha sufrido una importante evolución, dado que ha pasado de tutelar derechos e intereses individuales a proteger el ejercicio de los denominados intereses difusos o colectivos.

El tercer obstáculo, denominado *procedimental*, alude a la situación de colapso y falta de adaptación de los procesos judiciales a los nuevos derechos, intereses y necesidades de la sociedad. Este obstáculo implica tácitamente la necesidad existente de diseñar procedimientos alternativos y/o complementarios a la vía jurisdiccional que resuelvan de forma eficaz los litigios.

Como hemos indicado *supra*, estos tres obstáculos marcan la evolución experimentada por el movimiento de acceso a la justicia. Así las cosas, podemos identificar claramente la existencia de tres fases o, como

³⁷⁵ ROCHE, C. L., RICHTER, J., “Capítulo II. Barreras para el Acceso a la Justicia”, en CASAL, J.M., ROCHE, C. L., RICHTER, J. y CHACÓN HANSON, A., *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis), Caracas (Venezuela), 2005, p. 51.

denomina el propio CAPPELLETTI³⁷⁶, tres “olas” (en inglés, *waves*)³⁷⁷, cuyos límites temporales vienen marcados por los cambios institucionales de gran repercusión, especialmente en EE.UU. En este sentido, la primera “ola” dio comienzo en 1965, como consecuencia del desarrollo normativo e institucional de la asistencia jurídica (en inglés, *legal aid*). La segunda “ola” estuvo marcada por la posibilidad de reivindicar derechos difusos o colectivos, esto es, de representar intereses difusos o colectivos (en inglés, *representation of diffuse interests*), cuando se han vulnerado derechos que afectan a una pluralidad de individuos, con una especial trascendencia en el ámbito medioambiental. Este incremento de la efectividad de las reclamaciones colectivas se produjo gracias al desarrollo de firmas legales de interés público durante los años 1970. Finalmente, el hito que diferencia la tercera “ola”, producida también durante esa misma década, ha sido la búsqueda y creación de procedimientos menos formales y alternativos a los procesos judiciales.

Nótese además que la política fundamental de este movimiento de acceso a la Justicia es la gratuidad y accesibilidad a todos los ciudadanos,

³⁷⁶ CAPPELLETTI, M., GARTH, B., “Access to Justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978, pp. 197-227. Este modelo analizado por CAPPELLETTI y GARTH también tuvo lugar en otros países.

³⁷⁷ AKIN OJELABI, L., “Improving Access to Justice through Alternative Dispute Resolution: the Role of Community Legal Centres in Victoria, Australia”, *La Trobe University*, 2010, pp. 10-13, MOSHER, J. E., “Lessons in Access to Justice: Racialized Youths and Ontario’s Safe Schools”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, 2008, pp. 815-819, HUGHES, P., “Law Commissions and Access to Justice: What Justice Should We Be Talking about?”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, 2008, pp. 777-806, MACDONALD, R., “Access to Justice and Law Reform”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 19, 2001, pp. 317-326, ACCESS TO JUSTICE ADVISORY COMMITTEE, *Access to Justice – An Action Plan*, Commonwealth of Australia, Canberra, 1994 y MACDONALD, R., “Theses on Access to Justice”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 7, 1992, pp. 23-45.

lo que implica por tanto un coste mínimo o (preferiblemente) nulo para los mismos³⁷⁸, no así para los Estados, quienes además de financiar su mantenimiento, deben garantizar su buen funcionamiento. La configuración de nuevos procedimientos de solución de controversias alternativos y/o complementarios a la vía jurisdiccional debe implicar también la salvaguarda de una garantía y principio procedimental tan importante como la igualdad de partes. Ello implica, obviamente, la imposibilidad de favorecer a la parte más poderosa –normalmente el empresario– causando un perjuicio a la parte débil –el consumidor–. Y, en todo caso, no debe suponer nunca la pérdida de responsabilidad política por parte del Estado del sustento presupuestario de la Justicia.

Este movimiento universal de acceso a la Justicia nació, pues, con una clara intención de humanizar los procedimientos³⁷⁹, esto es, con la finalidad de que fueran más accesibles y eficaces. Asimismo, este fenómeno compartió protagonismo, durante las décadas de 1960 y 1970, con el movimiento de protección de los consumidores, cuya misión consistía en brindar y ofrecer a los consumidores como parte débil de los contratos –de adhesión– los medios y recursos necesarios para reivindicar sus derechos e intereses.

Pero más allá de ese protagonismo, consideramos que ambos movimientos, más bien sus objetivos, son complementarios, pues no cabe

³⁷⁸ “This cost argument is closely linked to the access to justice movement, where ADR is seen as a vehicle for providing more affordable source of justice than traditional litigation”. Victorian Law Reform Commission, 2008, par. 1.4 y PARLIAMENT OF VICTORIA, *Law Reform Committee*, 2007, pp. 25-52.

³⁷⁹ A favor, BERIZONCE, R. O., “Virtualidad y proyecciones del movimiento del acceso a la Justicia”, *op. cit.*, p. 28.

la posibilidad de que los consumidores reivindiquen sus derechos e intereses económicos si no tienen acceso a la Justicia y, para “luchar” por tales derechos e intereses requieren de los medios y cauces adecuados.

En definitiva, entendemos que los movimientos de acceso a la Justicia y de protección de los consumidores han sido de vital importancia en lo que respecta a la protección y solución de controversias entre los consumidores y los prestadores de servicios financieros. Ambos fenómenos han contribuido a dar respuesta a las dificultades derivadas, entre otros factores, de la complejidad de los productos y servicios financieros y de la asimetría de la información, que agravan la vulnerabilidad de los consumidores financieros por el abuso que las entidades de crédito realizan gracias a su posición dominante. Es a través de ese acceso a una Justicia eficaz y de las ADR como se trata de superar dificultades u obstáculos³⁸⁰, abriendo un abanico de posibilidades que solo con el proceso y los Tribunales de Justicia no se alcanzan.

Finalmente, cabe resaltar que este movimiento se extendió rápidamente por otros ordenamientos jurídicos, –Canadá³⁸¹, Australia³⁸² y

³⁸⁰ “ADR can make a very positive contribution to access to justice because it offers, in its various forms, an inexpensive, informal and speedy means of resolving disputes ... the outcomes are those which the parties themselves have decided and are not imposed on them”. ACCESS TO JUSTICE ADVISORY COMMITTEE, *Access to Justice – An Action Plan*, Commonwealth of Australia, *op. cit.*, ap. 278.

³⁸¹ Véase la web oficial del Departamento de Justicia del Gobierno de Canadá: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr03_5/p2.html, consultada el día 25 de mayo de 2014.

³⁸² Sobre las ADR y el movimiento de acceso a la Justicia en Australia, véanse, por todos, AKIN OJELABI, L., “Improving Access to Justice through Alternative Dispute Resolution: the Role of Community Legal Centres in Victoria, Australia”, *op. cit.*, pp. 14-19 y AA.VV., *Non-Adversarial Justice*, coord. por KING. M., The Federation Press, Sydney, 2009, pp. 96-100.

Nueva Zelanda, entre otros–, desarrollándose igualmente, aunque de forma más tardía, en toda Europa³⁸³, dado que “*las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro*”³⁸⁴.

2.4. Las ADR en materia de consumo: su impulso desde instancias supranacionales

La efectiva protección del derecho de acceso a la Justicia conlleva realizar cuantas modificaciones y reformas sean necesarias para transformar el sistema jurídico preexistente, con todas las dificultades y obstáculos expuestos *supra*, por un sistema no solo que permita, sino también facilite, a los ciudadanos la obtención de una tutela efectiva que sea rápida y expedita. Para ello, hay que impulsar la implantación de mecanismos alternativos a los tribunales ordinarios que realmente sean eficaces y adecuados, implementar medios de impugnación efectivos y desarrollar instrumentos internacionales de cooperación en defensa de derechos e intereses de los consumidores. En palabras de CAPPELLETTI y

³⁸³ Hay autores que señalan que el proceso de adopción en Europa de este movimiento resultó complejo dado el origen anglosajón del mismo, a excepción del Reino Unido debido a su afinidad cultural y jurídica con Estados Unidos. Al respecto, véanse, CARULLA BENÍTEZ, P., “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, 2001, p. 2 y BARONA VILAR. S., “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, núm. 1, 2011, pp. 190-191.

³⁸⁴ Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. [COM (2002) 196 final].

GARTH, en su conocida obra titulada “El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”³⁸⁵, el sistema de justicia que se trata de obtener debe ser accesible para todos, transparente y oportuno, amén de ofrecer resultados que sean individual y socialmente justos. Estas características son inherentes a las técnicas ADR.

Esta experiencia, nacida en EE.UU. y seguida por el resto de países, está en continuo desarrollo y constante evolución en el marco comunitario. A lo largo del camino recorrido, hemos comprobado el interés mostrado por las instancias supranacionales en impulsar y regular todos estos mecanismos de resolución de conflictos ajenos a la vía judicial³⁸⁶. No es nuestra intención recoger aquí todas las normas que, desde las instancias supranacionales, vienen a regular las relaciones con consumidores, pero sí hacer mención a aquellas que han marcado una diferencia en el comportamiento de los consumidores y empresarios, así como de su visión sobre la gestión del conflicto.

Destacamos principalmente dos textos normativos que devienen fundamentales en la creación y desarrollo de procedimientos extrajudiciales de conflictos:

³⁸⁵ CAPPELLETTI, M., GARTH, B., “Access to Justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, *op. cit.*, pp. 181-292.

³⁸⁶ Para un estudio completo sobre la evolución de la legislación y normativa a lo largo de todos estos años, véanse, por todos, Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo [COM (1998)198] y BARRAL VIÑAS, I., “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, *2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. Documento disponible en: <http://www.uoc.edu/symposia/adr/>, consultado el día 20 de mayo de 2014.

Por una parte, la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*³⁸⁷, (en adelante, Recomendación de la Comisión 98/257/CE). La Comisión se hace eco de las barreras y dificultades que los consumidores deben hacer frente para ejercer sus derechos, sobre todo debido al elevado coste de la asistencia jurídica, la duración y la complejidad del procedimiento judicial, especialmente en caso de conflicto transfronterizo. Por ello, insta a los Estados miembros a promover procedimientos extrajudiciales de solución de litigios como la mediación, la conciliación o el arbitraje, ayudando así a los consumidores a solventar sus disputas de forma ágil, eficaz y a un coste reducido.

Por otra parte, pero estrechamente relacionada con el texto anterior, encontramos la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo que no cubre la Recomendación 98/257/CE*³⁸⁸. Esta Recomendación deviene importante por cuanto establece una distinción entre aquellos métodos en los que el tercero adopta o propone una solución (heterocomposición) y aquellos en los que son las propias partes quienes consensuan la solución ayudadas por el tercero imparcial (autocomposición).

³⁸⁷ DO L núm. 115, de 17 de abril de 1998.

³⁸⁸ DO L núm. 109, de 19 de abril de 2001.

Pero este marco normativo tiene su origen en el Libro verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, *sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*³⁸⁹. A lo largo del período de consultas sobre este Libro Verde, y también en torno al Plan de Acción de 1996³⁹⁰, se resaltó la urgencia de emprender una acción comunitaria en materia de consumo, en concreto para la solución de los litigios. Este Plan de Acción era una respuesta a la necesidad de crear fórmulas procesales de solución de conflictos, especialmente en lo que concierne a la protección de los intereses colectivos o difusos.

A la luz de lo expuesto, observamos que las instancias supranacionales son conscientes, pues, de las dificultades de los consumidores para obtener una tutela eficaz de sus legítimos intereses económicos en jaque muchas veces por los abusos de los empresarios.

Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos realizados por el legislador europeo, lamentablemente los mecanismos de resolución alternativa de litigios planteados no se han establecido correctamente ni funcionan satisfactoriamente en todos los ámbitos en los que están previstos. La causa principal de esta ineficacia es el desconocimiento y desinformación de la existencia de estas vías y, sobre todo, del procedimiento a seguir para plantear la reclamación contra la entidad de crédito. Asimismo, encontramos que cada Estado miembro ha desarrollado sus mecanismos de solución extrajudicial de conflictos de una forma

³⁸⁹ COM (93) 576 final.

³⁹⁰ Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior [COM (96) 13 final].

diferente aunque respetando los mínimos establecidos por el legislador europeo. Ahora bien, en la última década pero acentuado por la crisis, se han multiplicado las acciones de mejora de estos mecanismos, con el fin de convertirlos en los medios de solución de litigios por excelencia.

En tal sentido se aprobó la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de noviembre de 2002, en relación con la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Conciliación Comercial Internacional³⁹¹, que se hacía eco del gran interés despertado y el amplio apoyo en el uso de estas técnicas de solución de controversias, con especial atención a la conciliación y a la mediación, entendemos por el protagonismo otorgado a las partes en conflicto en la gestión del mismo.

La voluntad del legislador europeo de dotar a los consumidores de medios extrajudiciales eficaces sigue siendo un pilar fundamental de su actuación. Así, resulta especialmente significativo que el “desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios” constituya un objetivo de la cooperación judicial en materia civil contemplado en el apartado 2.g) del artículo 65 del Tratado de Lisboa³⁹² (artículo 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁹³), estando esta medida en estrecha unión con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución.

³⁹¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/57/17 y Corr.1), anexo I.

³⁹² DOUE C núm. 306, de 17 de diciembre de 2007. Al respecto, véase, AGUILAR GRIEDER, H., “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pp. 325-328.

³⁹³ DOUE C núm. 326, de 26 de octubre de 2012.

Una de las últimas medidas adoptadas es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*³⁹⁴, (en adelante, Directiva 2008/52/CE), cuyo fin último reside en el fomento de la mediación como cauce de solución de litigios civiles y mercantiles en aras de lograr ese mejor acceso a la justicia. Aunque excluye de su ámbito de aplicación los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo.

Finalmente destacamos dos textos normativos europeos en donde además encontramos referencias mutuas en su contenido. Hablamos, en primer lugar, del Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*³⁹⁵. Su vigencia dará comienzo el día 9 de enero de 2016. El objeto de su promulgación es la creación de una plataforma de litigios en línea en el ámbito de la Unión. Tales litigios deben versar sobre las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido también en la Unión. He aquí la respuesta a las necesidades de la sociedad en la que vivimos pero, ante todo, a los conflictos que nacen

³⁹⁴ DOUE L núm. 136, de 24 mayo de 2008.

Véanse también, Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, [COM (2002) 196 final]; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, [COM (2004) 718 final]; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” (DOUE núm. C 286/1, de 17 de noviembre de 2005).

³⁹⁵ DOUE L núm. 135, de 18 de junio de 2013.

de las nuevas formas de contratación a través de plataformas virtuales como las utilizadas por las entidades de crédito. La plataforma debe ser accesible a través de sitios de Internet, consistiendo en una ventanilla única tanto para los consumidores como para las comerciantes, a la que se accederá de forma electrónica. Destaca la gratuidad de este mecanismo, lo que, a buen seguro, conllevará su rápida expansión entre los consumidores y los comerciantes en conflicto.

Respecto de las cuestiones procedimentales, este sistema no dista en demasía de los procedimientos de resolución de reclamaciones tradicionales. En efecto, se deberá facilitar al consumidor reclamante un formulario de reclamación, esta vez electrónico, en el que deberá incluir, además de sus datos personales, aquella información necesaria para resolver la controversia. Una vez enviado –telemáticamente–, dará comienzo la tramitación de la reclamación de conformidad con el artículo 9, siendo necesario, en algunos puntos, la remisión al segundo texto al que hacíamos referencia. Se trata de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*³⁹⁶. En todo caso, este mecanismo ofrece al consumidor la posibilidad de interponer su reclamación en cualquiera de las lenguas oficiales de las Instituciones de la Unión.

Toda esta legislación europea no hace sino reflejar la indudable importancia que el fomento del uso de los métodos ADR, especialmente la

³⁹⁶ DOUE L núm. 165, de 18 de junio de 2013.

mediación, tiene no solamente en la solución de las controversias, sino también en la evitación de los costes económicos y en el ahorro de tiempo derivados de los procesos judiciales.

Lo realmente característico de la regulación europea de la protección de los consumidores a través del desarrollo y promoción de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos es el hecho de tratarse de una tutela fragmentada en una gran cantidad de normas –por no decir excesiva–, insuficiente y de mínimos³⁹⁷. A pesar de ello, recientemente parece haberse invertido la tendencia de promulgar textos normativos de mínimos por otros de máximos –véase como ejemplo la Directiva sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³⁹⁸–, para evitar las distorsiones y divergencia en la transposición de sus disposiciones a los ordenamientos internos, garantizándose una homogeneidad que entendemos necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, la confianza de los consumidores en los sistemas de protección y el interés en su utilización como medios de solución de controversias.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos de los últimos años, seguimos atrapados en un entramado de Reglamentos, Directivas, Recomendaciones y demás normas sobre consumo, muchas veces debido a la necesidad de

³⁹⁷ VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, ed. Reus, Madrid, 2005, p. 51.

³⁹⁸ DOUE L núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.

corregir o evitar determinadas conductas perjudiciales o ilícitas, pero especialmente como consecuencia del vertiginoso desarrollo de nuevos sistemas de comercialización a través de plataformas virtuales y demás sistemas telemáticos. Esto supone añadir otra barrera a las ya existentes, lo que impide alcanzar los niveles óptimos de seguridad jurídica y de confianza de los consumidores en estas vías de tutela.

No obstante, queda patente el enorme esfuerzo que supone poner en la práctica mecanismos de solución de conflictos que, además de ser ágiles y eficaces, sean lo más estandarizados posibles para facilitar e incentivar el comercio –y el consumo–, especialmente el transfronterizo, con la confianza de disponer de sistemas de protección de tutela adecuados y ajustados a las necesidades objetivas del mercado.

2.5. Tipología de las ADR

La clasificación principal de las técnicas ADR se basa en la función desempeñada por el tercero neutral que interviene en la gestión del conflicto. Precisamente, podemos identificar dos grandes grupos³⁹⁹, por un

³⁹⁹ THE WORLD BANK GROUP, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, The World Bank Group, Washington, 2011, pp. 8-10; BARONA VILAR. S., “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, n° 1, 2011, pp. 186-187; CHORNENKI, G. A., HART, C. E., *Bypass Court. A dispute Resolution Handbook*, LexisNexis, Canadá, 2011, pp. 2-4; RUGGERI, L., “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 10, 2010, pp. 32-35; CAPPER, P., *International Arbitration: a handbook*, London Singapore, 3ª ed., Reino Unido, 2004, pp. 47-53; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., “Introducción al Derecho Procesal”, 2003, encontrado en: <http://marisolcollazos.es/procesal-penal/Introduccion-derecho-procesal.pdf>, consultado el día 7 de mayo de 2014, pp. 11-13, y NADER, L., “Disputing Without the Force of Law”, *The Yale Law Journal*, núm. 88, 1979, pp. 998-1021.

lado, las vías autocompositivas y, por otro, las vías heterocompositivas. A continuación procederemos a explicar cuál es el rasgo distintivo entre ambos tipos y cuáles son las ADR incluidas en cada uno de ellos.

2.5.1. *Métodos autocompositivos*

La autocomposición implica que son las propias partes quienes alcanzan el acuerdo, no siendo imperativa la intervención de un tercero. Estos métodos⁴⁰⁰ son especialmente convenientes en aquellas situaciones en las que las relaciones entre las partes deben continuar en un futuro, tal y como sucede en el ámbito de la contratación bancaria. En esta clase de mecanismos, el tercero neutral actúa *inter partes*, esto es, son las propias partes quienes “autocomponen” una solución práctica y beneficiosa para ambas, dando por terminada la disputa. Para alcanzar este resultado –que sería el óptimo– 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, es la más justa. Ello desvirtuaría la naturaleza de los medios autocompositivos de solución de controversias.

Ahora bien, hablar de autocomposición no conlleva hablar de autotutela. Se trata, ésta, de una forma de resolución de conflictos que cuenta también con la participación de las partes, pero donde una de ellas

⁴⁰⁰ Por todos, VINYAMATA, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999 y NÚÑEZ OJEDA, R., *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias en materia civil*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago (Chile), 2009, pp. 12-78. El autor realiza un estudio comparado de diversos sistemas procesales civiles, interesándonos aquí por el español y por el anglosajón, donde expone las características del funcionamiento de los sistemas ADR en dichos ordenamientos, comprobándose las diferencias y similitudes.

impone la solución a la contraparte⁴⁰¹, esto es, una de las partes impone sus pretensiones mientras la otra sacrifica las suyas. La autotutela encuentra su razón de ser en la facultad de autorregulación que el ordenamiento jurídico reconoce capacidad de obrar suficiente. El ejemplo por excelencia de la autotutela es, en el ámbito penal, la legítima defensa.

A continuación procedemos al estudio de la negociación, la conciliación y la mediación, pues constituyen las técnicas más reseñables como métodos autocompositivos de resolución de disputas.

i. Negociación

A través de este medio autocompositivo, y he aquí el rasgo característico, “pueden los sujetos en conflicto, tan sólo ellos sin intervención de un tercero, tratar de alcanzar una solución para el conflicto suscitado, mediante el intento de comunicarse entre sí, exponiendo cada uno de sus beneficios, asumiendo que, en cualquier caso, va a existir una cesión que importe renunciar a algo”⁴⁰². Para que esto suceda se requiere la existencia de “un mínimo de intereses comunes o complementarios entre los adversarios, la existencia de una motivación por ambas partes para llegar a un acuerdo así como la existencia de un equilibrio de fuerzas

⁴⁰¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Lección segunda. Medios de solución de conflictos jurídicos”, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 38.

⁴⁰² BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, “*Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, op. cit., pp. 70-71.

que no sea demasiado desigual. Cuando esto no ocurre el conflicto no puede resolverse, o se resuelve por el aniquilamiento de las partes”⁴⁰³.

Por tanto, se concibe la negociación sin la necesaria participación de un tercero, siendo las partes las completas protagonistas en la búsqueda activa de una solución a la disputa. Esta característica supone la diferenciación de la negociación con cualquier otra técnica ADR, ya sea autocompositiva o heterocompositiva. Ello ha supuesto que durante largo tiempo se cuestionara su inclusión como técnica ADR puesto que, en caso de participación de un tercero –procedimiento al que califican de negociación asistida en contraposición con esta negociación directa–, estaríamos ante una mediación. A pesar de la existencia de posturas encontradas, se aboga por considerar la negociación como un mecanismo de resolución de conflictos, tanto si es puramente *inter partes* como si intervienen terceras personas ayudando en la negociación, inclusive en un lado u otro de las partes –no en vano esa es la tarea que los letrados de las partes realizan en muchos casos antes de acudir a los tribunales de justicia–.

Así las cosas, distinguimos dos estrategias negociadoras. Por un lado, la “negociación competitiva” (*positional bargaining*) según la cual las partes no buscan un acuerdo satisfactorio para ambas, más bien al contrario, tratan de lograr que la contraparte ceda, rigiéndose por el binomio *win-lose* (ganar-perder). Estrategia o resultado éste característico de los procesos judiciales. Por otro lado, encontramos la “negociación

⁴⁰³ MANZANOS BILBAO, C., “El derecho como mecanismo de control frente a los conflictos sociales”, en AA.VV., *Derecho y sociedad*, coord. por AÑÓN ROIG, M. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 448.

colaborativa” o “negociación de principios” (*principled negotiation*), que implica la utilización de diferentes herramientas y estrategias que promuevan la colaboración con la contraparte, de forma que ambas cedan en alguna de sus pretensiones, obteniendo así una solución bilateralmente satisfactoria. A diferencia de la negociación competitiva, en esta negociación colaborativa rige la técnica *win-win* (ganar-ganar). Como apunta SINGER, ambas partes ganan “la continuidad de la relación, la credibilidad y la confianza”⁴⁰⁴.

Aunque ambas tipologías de negociación sean válidamente aceptadas como técnicas ADR, consideramos que la negociación competitiva, al implicar que una de las partes cede en una mayor (des)proporción frente a la otra, pierde, en cierto modo, la esencia de toda técnica ADR tal y como está concebida, pues el objetivo de estos mecanismos es la obtención de una solución satisfactoria para ambas. Por tanto, alcanzar un consenso debería implicar la participación activa de ambas partes, en igualdad de condiciones, sin que ninguna de ellas tuviera que ceder en todas sus pretensiones –al menos no en la gran mayoría–, mientras la otra se convirtiera en un mero espectador, pues la razón de ser de las ADR es precisamente la de evitar que las partes, tras finalizar el procedimiento, sientan que ha habido un vencedor y, por ende, un vencido, pues ambas deben ganar o extraer algo positivo de este procedimiento.

⁴⁰⁴ SINGER, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 33.

ii. Conciliación

La conciliación constituye un mecanismo autocompositivo de solución de controversias que implica la participación activa no solo de las partes sino también de un tercero.

Desde una perspectiva procesal, distinguimos dos tipos de conciliación en relación con la litispendencia. Este ADR está muy ligado al proceso judicial. Así, la primera clase de conciliación posible es aquella que tiene lugar en un momento anterior al proceso, denominada por ello “conciliación preventiva”, “extraprocesal” o “preprocesal”. En efecto, ésta sigue contemplada en el Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁰⁵ (en adelante, LEC 1881), cuyo contenido está prácticamente derogado en su totalidad. Concretamente, en los artículos 460 a 480. En este sentido, hasta la reforma de la LEC 1881 operada en 2009⁴⁰⁶, los jueces eran los designados conciliadores. Precisamente, el artículo 460 señala que, con carácter previo a promover un juicio, las partes podrán intentar solucionar el litigio a través de la conciliación, realizada ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes. Así, podemos observar que, salvo la referencia al Juez de Paz, quedan habilitados como conciliadores los Secretarios Judiciales, dejando de serlo en exclusiva los propios Jueces.

⁴⁰⁵ Publicado en GACETA núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

⁴⁰⁶ Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE núm. 266, de 4 noviembre). Entrada en vigor el 4 de mayo de 2010.

La segunda clase de conciliación que identificamos es la “conciliación intraprocesal”, realizada en el marco de un proceso judicial en curso. Esta conciliación de competencia judicial está regulada por la actual LEC, distinguiendo según se trate de juicio ordinario (artículos 415⁴⁰⁷ y 428.2) o de juicio verbal (artículo 443.3⁴⁰⁸). El objeto de esta clase de conciliación ya no es evitar el inicio del proceso –pues es imposible–, sino que éste termine por el acuerdo al que las partes puedan llegar, aunque siempre con carácter previo a la emisión del pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Con respecto al momento procesal concreto, la conciliación puede desarrollarse en audiencia previa (juicio ordinario) o en la vista (juicio oral), siendo el papel de conciliador asumido por el juez competente que estaba conociendo del asunto.

Un aspecto relevante, para las clases de conciliación expuestas, refiere de cómo se materializa y cuál es la naturaleza jurídica del acuerdo alcanzado por las partes –asistidas por el tercero–. Pues bien, el acuerdo debe ser recogido, en un auto del Juez de Paz o en un decreto del Secretario Judicial cuando se trate de una conciliación preprocesal, mientras que en la conciliación intraprocesal viene recogido en un auto del Juez. Lo destacable es la coincidencia en ambos procedimientos de la naturaleza jurídica de ese auto o decreto, según el caso. Se trata de un acuerdo que constituye título ejecutivo y con la posibilidad de documentar todo tipo de obligaciones.

⁴⁰⁷ Redactado por la Disposición Final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio). Vigencia desde el 27 de julio de 2012.

⁴⁰⁸ *Ídem.*

En suma, con independencia del momento procesal en que se decida acudir a la conciliación para consensuar una solución a la disputa que separa ambas partes, –siempre sobre materia disponible–, este mecanismo implica un papel activo de las mismas en la búsqueda real de una solución, pero con la asistencia de un tercero imparcial. La nota característica y que ha suscitado una gran controversia por su confusión con otra técnica autocompositiva como es la mediación, es el papel de ese tercero imparcial. En concreto, si su participación queda compelida a la mera asistencia y guía o, por el contrario, el tercero queda investido de la facultad de proponer soluciones que, a su consideración, son de justicia, a las partes quienes, indiscutiblemente, tendrán la potestad de aceptarla o no, al carecer de naturaleza vinculante. Es, en este último caso, donde podemos hablar de conciliación.

iii. Mediación

CARNELUTTI nos ofreció una definición que, aún hoy día, sigue siendo referente por cuanto de una forma concisa pero a la par brillante, refleja la esencia de la mediación que, por otra parte, vivía bajo el nombre de conciliación. Definía, pues, la conciliación –entendida hoy como mediación– como una “intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto, con objeto de inducirlos a una composición justa”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 203.

Por su parte, MOORE entendía la mediación como “la intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente un arreglo mutuamente aceptable”⁴¹⁰.

Suele decirse que la mediación⁴¹¹ es una especie de negociación asistida⁴¹², donde las partes son las que negocian una solución, pero ahora asistidas por un tercero imparcial que les ayudará y guiará en su camino al consenso. La intervención de un tercero es el aspecto diferenciador entre la técnica de la mediación y la negociación.

Por otra parte, este tercero imparcial carece de cualquier clase de poder para emitir una solución al conflicto. De hecho, su participación queda limitada a colaborar con las partes en la obtención de una solución, no pudiendo, sin embargo, emitir ningún tipo de juicio de valor al respecto

⁴¹⁰ MOORE, C. W., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

⁴¹¹ ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en AA.VV., *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, dir. por ETXEBERRIA GURIDI, J. F., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 191-253; ANTONIAZZI, C., “Consideraciones acerca de la mediación ante la crisis económico-social actual”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009; ERVO, L., “Mediación en los países escandinavos”, en AA.VV., *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos*, dir. por BARONA VILAR, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 125-180; BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista electrónica de Derecho Processual*, vol. II, 2008, pp. 257-291 y HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, pp. 27-48.

⁴¹² BARONA VILAR, S., “ADR y consumo: dos realidades complementarias”, en AA.VV., *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, op. cit., pp. 48-50.

ni proponer la solución que él crea más justa o conveniente dadas las circunstancias. Este grado de participación del tercero imparcial es lo que diferencia la técnica de la mediación de la conciliación, confundidas en numerosas ocasiones por sus similitudes –pues ambas designan medios pacíficos y no formales de solución de conflictos– y aun a pesar de sus diferencias, siendo esta discrepancia procedimental la definitiva.

Por tanto, “la mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás”⁴¹³. Estamos, pues, ante un procedimiento informal en contraposición con el formalismo y rigidez de todo proceso judicial, que ha experimentado en los últimos años un impulso y potenciación por parte de diversos sectores⁴¹⁴, convirtiéndose en un medio de solución de controversias idóneo en disputas sociales, escolares, sanitarias, empresariales...

El mediador, en el ejercicio de su función, desarrollará diversas técnicas de persuasión, disuasión, empatía, etc., para intentar un acercamiento entre las partes⁴¹⁵. En este sentido, la figura del mediador

⁴¹³ VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2012, p. 17.

⁴¹⁴ Por todos, véanse, CARULLA BENÍTEZ, P., “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de justicia alternativa*, *op. cit.*, pp. 121-154 y FULLER, L. L., “Mediation – Its forms and Functions”, *Southern California Law Review*, núm. 44, 1971, pp. 305-312.

⁴¹⁵ Para un análisis de las habilidades, capacidades y técnicas de comunicación necesarias para realizar una buena mediación, véase, VIANA LÓPEZ, C. J., *Mediación laboral*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 35-53. El autor analiza las técnicas que debe emplear el

deviene fundamental para el buen fin del procedimiento de mediación, pues su papel no queda relegado a analizar el conflicto desde un punto de vista legal, sino que presenta mayor complejidad, debiendo tener en cuenta las pretensiones, voluntades, expectativas e, incluso, sentimientos, de las partes. Solo de esta forma será capaz de lograr guiarlas hacia el consenso.

Este mecanismo extrajurisdiccional de conflictos está actualmente regulado por la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁴¹⁶, (en adelante, Ley de Mediación), que incorpora al Derecho español⁴¹⁷ la Directiva 2008/52/CE⁴¹⁸. Hasta la aprobación del

mediador para mejorar la comunicación entre las partes del conflicto, desgranando entre las habilidades comunicativas que derriban las barreras existentes entre ambas partes – destacando la empatía–, las técnicas utilizadas para facilitar la comunicación y la gestión de las emociones.

En la misma línea, PEÑA YÁÑEZ, M. A., *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 41-60 y pp. 64-98 y DE DIEGO VALLEJO, R., GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación, Proceso, Tácticas y Técnicas*, ed. Pirámide, Madrid, 2012, pp. 95-134. Identifican y analizan las técnicas y habilidades de gestión del conflicto –también de la ira–, las técnicas para hacer preguntas, positivizar el lenguaje... con la finalidad de guiar el procedimiento de mediación a su resultado óptimo, el consenso.

⁴¹⁶ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

Como antecedentes reguladores de la mediación como mecanismo de solución de conflictos, a nivel europeo, encontramos la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre mediación familiar* [adoptada por el Comité de Ministros el 21 de enero 1998 en la 616ª sesión de los Delegados de los Ministros. Documento disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2>, consultado el día 10 de mayo de 2014], el Libro Verde *sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil* [COM (2002) 196 final. Documento no publicado en el Diario Oficial, pero cuyo contenido está disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002DC0196>, consultado el día 10 de mayo de 2014] y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2004) 718 final].

⁴¹⁷ Para un estudio profuso de esta normativa y sus consecuencias jurídicas en nuestro ordenamiento, véase, por todos, BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 y GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del marco

Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁴¹⁹ –cuya vigencia expiró el 27 de julio de 2012–, nuestro ordenamiento jurídico carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a estas clases de asuntos, con una clara finalidad de desjudicializar determinados asuntos que, por otra parte, pudieran ser más eficazmente resueltos a través de la mediación.

Esta Ley de mediación contempla, como es lógico, el contenido del pacto. Pero no lo hace estableciendo limitaciones, pues recordemos que estamos ante un procedimiento voluntario y flexible, sino en lo que concierne a su naturaleza jurídica. En este sentido, impone al mediador la obligación de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de la posibilidad de instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo (artículo 25.3 *fine*). Asimismo, el pacto en él recogido no puede ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, pues en otro caso, de acuerdo con el Código Civil español, lo convenido por las partes devendría nulo.

normativo de la mediación en España”, en AA.VV., *Estado del arte de la mediación*, coord. por GORJÓN GÓMEZ, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 51-76.

Sobre la aplicación de esta Directiva en el resto de países europeos, véase el Informe, de 15 de julio de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales [2011/2026(IN)]. Conclusiones del Informe recogidas por ÁLVAREZ TORRES, M. y GIL VALLEJO, B., “Capítulo I. Marco normativo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *Mediación Civil y Mercantil*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 18-30.

⁴¹⁸ Su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* [BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005].

⁴¹⁹ BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

Finalmente, nótese que, aun cuando no se alcance un acuerdo, no por ello debemos considerar que el procedimiento de mediación ha sido un fracaso estrepitoso. Más bien al contrario, quizá no se haya logrado el resultado óptimo deseado –el acuerdo–, pero siempre y cuando las partes hayan aprendido a valorar y reconocer las opiniones y pretensiones de otros, habrá sido un éxito. Ello porque este procedimiento habrá servido para ayudar a las partes a comprender y empatizar con los demás, lo que les permitirá que, en un futuro, tengan la autoconfianza necesaria para gestionar otros conflictos *motu proprio*, sin necesidad siquiera de acudir a un mediador. Por tanto, con que se haya producido un ápice de transformación en la visión y predisposición de las personas a sentarse a dialogar y solventar sus disputas sin llegar a incoar ninguna clase de procedimiento o de proceso, podremos considerarlo un logro de la mediación, contribuyéndose así al cumplimiento de la misión vital de las ADR, esto es, la paz social.

iv. Intermediación hipotecaria (una mediación sui generis)

Como se dijo, uno de los conflictos más graves que ha sacudido la estabilidad del sistema financiero español ha sido el elevado número de procesos de ejecución hipotecaria como consecuencia de los impagos de las cuotas de los préstamos con garantía inmobiliaria, suponiendo la exclusión económica y social de una parte de la población. Así las cosas, los desahucios y ejecuciones hipotecarias se han convertido en el gran lastre de nuestra sociedad reciente que, sin duda, ha evitado nuestra salida de la crisis. En efecto, las cifras de procesos de ejecución son escalofriantes. Según datos proporcionados por el Instituto Nacional de

Estadística, solo en el segundo trimestre de 2014 se efectuaron 32.960 inscripciones en los Registros de la Propiedad del inicio de procesos de ejecución, tanto en fincas rústicas como urbanas⁴²⁰, lo que supone que numerosas familias han perdido todos sus bienes, quedando aislados y desprotegidos ante un sistema que, hasta cierto punto, ha “cuidado” los intereses de las entidades de crédito en perjuicio de los clientes, sufridores de los abusos cometidos por aquellas, así como de las infracciones y vulneraciones de la normativa sobre transparencia y protección del consumidor.

No se trata, éste, de un problema estrictamente económico, pues también presenta tintes sociológicos e, incluso, psicológicos dada la afección sobre el estado de ánimo de los deudores hipotecarios. Así es, a pesar –o a causa– a la crisis hipotecaria en la que está sumida nuestra sociedad, ha surgido un fenómeno de solidaridad de la sociedad en conjunto a favor de la protección de estos deudores. Movimiento que ha dado lugar a la creación de asociaciones de ciudadanos –afectados o no por un proceso de ejecución– contra los desahucios. La asociación más conocida lleva por nombre “STOP Desahucios” también denominada Plataforma de Afectados por las Hipotecas (en adelante, PAH), que ha realizado una labor que ha devenido crucial en la paralización de numerosos desalojos de viviendas. Lo más destacable de este movimiento es el fuerte lobby existente contra las injusticias cometidas y, por ende,

⁴²⁰ Las CC.AA. que registraron un mayor número de desahucios son Andalucía (7.703), Cataluña (5.696) y Comunidad Valenciana (5.365), siendo Melilla (2), Ceuta (9) y La Rioja (101) las CC.AA. con menor índice de ejecuciones hipotecarias. Datos estadísticos obtenidos en: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft30%2Fp153&file=inebase&L=0>, consultada el día 21 de octubre de 2014.

contra el abuso de poder de las entidades de crédito, pero también contra las actuaciones de los poderes públicos.

En consecuencia, desde que comenzó la crisis del sector hipotecario, se han ido adoptando medidas a nivel legislativo y ejecutivo tales como la aprobación de los Códigos de Buenas Prácticas Bancarias o la suspensión de los desahucios en determinadas circunstancias. Medidas que, sin embargo, no han sido suficientes para corregir la situación y paliar los efectos negativos de la pérdida de la vivienda como resultado de su realización, lo que no supone sino una total desprotección del derecho constitucional a una vivienda (digna)⁴²¹.

Así las cosas, la ineficacia de las medidas adoptadas para garantizar una resolución satisfactoria para ambas partes –deudor hipotecario y entidad de crédito– conllevó la búsqueda de soluciones alternativas que fueran no solo eficaces, sino también operativas y adaptadas al panorama socio-económico de crisis. En este contexto han emergido iniciativas que consisten en la intermediación o negociación con las entidades de crédito de fórmulas que eviten que el deudor hipotecario se vea inmerso en un proceso de ejecución. Estas iniciativas se engloban en lo que se conoce

⁴²¹ El artículo 47 de la Constitución establece que “[T]odos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Asimismo, este derecho ha sido recogido, por un lado, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículo 11), donde se establece que toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, que le asegure una vivienda adecuada.

como intermediación hipotecaria⁴²², denominada en sus inicios como mediación hipotecaria⁴²³, que ha demostrado ser una vía extrajurisdiccional eficaz por los beneficiosos resultados para los deudores hipotecarios que la han utilizado. Tanto es así que los poderes públicos han apostado por el desarrollo de esta técnica mediante la creación y consolidación de Oficinas de Mediación especializadas en conflictos hipotecarios, cuya labor difiere de la realizada por las PAH, con mayor labor social. Precisamente, Cataluña fue la pionera en instaurar, en enero de 2010, su Oficina de Intermediación Hipotecaria bajo la denominación de Ofideute⁴²⁴, que depende de la Agencia de Vivienda de la Generalitat de Cataluña. También merece destacarse la labor de la Oficina Municipal

⁴²² Esta vía de tutela ha resultado fundamental para paliar los efectos de la crisis hipotecaria y de una legislación en materia de ejecución injusta y limitadora de los derechos de defensa de los consumidores afectados. Pero sobre todo ha sido de gran utilidad para mejorar la situación económica –y personal– de un gran número de deudores hipotecarios al poder conservar su vivienda. Así pues, aunque se trata del medio de tutela a través del cual se está dando solución a uno de los mayores conflictos de nuestro sistema bancario que enfrenta a clientes y entidades de crédito, vamos a ofrecer una visión general de esta nueva técnica ADR, pues el objeto de esta tesis consiste en brindar una visión global y completa del procedimiento de solución de conflictos desarrollado en el marco propio de las entidades de crédito. No obstante, la intermediación hipotecaria es una vía de tutela extrajurisdiccional de gran utilidad y repercusión que será objeto de futuras investigaciones.

⁴²³ Para un estudio general sobre la intermediación hipotecaria, véanse, por todos, VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La negociación y mediación hipotecaria”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, núm. 1, 2013, pp. 81-107 y CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA, M. E., “¿Mediación Hipotecaria o Intermediación Hipotecaria?, en AA.VV., *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad.*, coord. por ORTEGA GIMÉNEZ, A y COBAS COBIELLA, M. E., *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, pp. 353-370.

⁴²⁴ Se trata de un servicio de información y asesoramiento dirigido a las familias con dificultades para atender el pago de los préstamos hipotecarios y que se encuentran, por esta causa, en riesgo de perder su vivienda principal.

de Mediación Hipotecaria del Excmo. Ayuntamiento de Torrelavega⁴²⁵, resultado de la propuesta presentada por la Asociación de Mediación de Cantabria (AMECAN) y puesta en marcha en septiembre de 2011. Asimismo, el 2 de mayo de 2012 se creó, en el País Vasco, el Servicio de Mediación Hipotecaria, dependiente del Departamento de Justicia y Administración Pública, que constituye el eje central del Servicio de Ayuda al Sobreendudamiento Familiar del Gobierno. Estos son solo algunos ejemplos de Oficinas de Mediación Hipotecaria que han sido creados por los Gobiernos autonómicos para dar respuesta a las necesidades de sus ciudadanos afectados por la crisis hipotecaria.

La repercusión y difusión de los buenos resultados de estas Oficinas ha llevado a la implantación de Servicios de Intermediación a cargo de los Colegios de Abogados de las distintas CC.AA.⁴²⁶, enmarcados estructuralmente en los Servicios de Mediación preexistentes. Aunque estos Servicios deriven de aquellas Oficinas y, por tanto, hayan adoptado el mismo modelo, presentan diferencias importantes en lo que respecta al procedimiento seguido, reflejadas en la propia denominación –Mediación vs. Intermediación–. En efecto, el procedimiento que rige en las originarias Oficinas de Mediación busca, en teoría, aproximarse a una mediación en sentido propio, mientras que la técnica empleada por los Colegios de Abogados y otros colectivos se asemeja a una negociación

⁴²⁵ Sobre el procedimiento seguido por esta Oficina de Mediación hipotecaria, véase, por todos, CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, *Revista de Mediación*, año 6, núm. 12, 2013, pp. 24-26.

⁴²⁶ A título de ejemplo, véase el Servicio de Intermediación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV), en: <http://www.mediacion.icav.es/subcontenido.php?idioma=es&menucat=3&id=15>, consultado el día 21 de octubre de 2014.

asistida. No obstante, aunque pareciera que estamos ante dos realidades distintas, la práctica ha reflejado que en realidad estamos ante una “intermediación hipotecaria”, resultando necesario concretar el concepto y alcance de esta nueva técnica de resolución de controversias.

a) *Concepto de intermediación hipotecaria*

La mediación viene definida en el artículo 1 de la Ley de Mediación como aquel “*medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del mediador*”. Por tanto, la mediación hipotecaria debe ser entendida como aquel procedimiento autocompositivo de solución de controversias en el que las partes, deudor y acreedor hipotecarios, guiadas y asistidas por el mediador, tratan de alcanzar voluntariamente un acuerdo, bien de reestructuración de las condiciones del préstamo que permitan al deudor continuar con el pago de las cuotas, bien para reducir su estado de sobreendeudamiento, pero siempre tratando de conservar la vivienda habitual⁴²⁷.

No obstante, aunque en los albores del desarrollo de este nuevo medio de tutela fuera concebido como una subespecie de mediación, no existiendo, sin embargo, una posición unánime sobre su incardinación dentro de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y, por tanto, sujeta

⁴²⁷ BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, p. 7 y CASARES PINAL, M. C., “XVI. Mediación en materia hipotecaria”, en AA.VV., *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, dir. por CASTILLEJO MANZANARES, R., La Ley, Madrid, 2013, p. 565.

a la regulación de la Ley 5/2012 o, por el contrario, dentro de la categoría de mediación de consumo, excluida expresamente de la citada norma (artículo 2.2), la realidad práctica del procedimiento ha manifestado la desvirtuación de esta institución de la mediación, no solo respecto del equilibrio de poder que debe existir en toda negociación sino también en el rol del mediador. De ahí que pasara a denominarse intermediación hipotecaria.

Ahora bien, lo que ha quedado claro es que su especialidad y características la convierten en una tipología propia de ADR autocompositivo, a caballo entre la negociación (asistida) y la mediación en sentido propio. Así es, como señala acertadamente Cobas, “la intermediación hipotecaria ha afluido como un concepto que toma desde nuestro punto de vista lo mejor de la mediación y una parte de las estrategias de la negociación. De ahí que hablemos de intermediación hipotecaria frente a la mediación tradicional, aunque ambas tengan como elemento común la existencia del conflicto”⁴²⁸. En cualquier caso, la utilización de una técnica autocompositiva como mecanismo.

Así las cosas, la intermediación hipotecaria posee autonomía propia⁴²⁹, configurándose como una técnica híbrida, como una mediación *sui generis* que se asemeja más a la negociación asistida que a la

⁴²⁸ COBAS COBIELLA, M. E., “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 160, 2014, p. 19.

⁴²⁹ En contra, BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *op. cit.*, pp. 11-12. El autor considera que esta técnica ADR no posee autonomía propia, sino que se incardina dentro de la mediación de consumo, instaurada en defensa de los intereses económicos de los consumidores en la fase de cumplimiento del préstamo hipotecario.

mediación pero, en todo caso, estamos ante una nueva categoría de ADR autocompositivo, que ha resultado altamente positiva para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores⁴³⁰.

b) *Finalidad y ventajas de la intermediación hipotecaria*

La finalidad de la intermediación hipotecaria consiste en facilitar acuerdos entre las entidades de crédito y los deudores, con el objetivo de evitar la ejecución hipotecaria que conlleve el embargo y desalojo de la vivienda. En este sentido, la intermediación hipotecaria es un mecanismo que trata no solo de tutelar al consumidor, sino también de protegerlo ante su condición de parte débil en la relación obligacional.

Como medio autocompositivo, busca el acercamiento de las partes y, con él, el restablecimiento del equilibrio en la relación contractual. Este acercamiento de posiciones facilita alcanzar un acuerdo que satisfaga tanto los intereses del acreedor como la continuidad del derecho de disfrute de la vivienda al mantener la capacidad de pago de la hipoteca. De esta forma quedaría garantizado el derecho constitucional a una vivienda digna.

Así las cosas, la intermediación hipotecaria presenta múltiples ventajas, entre las que destacamos las siguientes:

- La voluntariedad y libertad de elección. Se trata de un procedimiento cuya efectividad subyace de la autonomía de la voluntad de las partes quienes, de manera voluntaria, aceptan

⁴³⁰ TAMAYO HAYA, S., “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”, en AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, vol. I, coord. por GARCÍA VILLALUENGA, L. y TOMILLO URBINA, J. L., ed. REUS, Madrid, 2010, p. 243.

participar en un proceso de mediación. Sin embargo, la necesidad de encontrar alternativas a la ejecución de la vivienda conlleva que esta intermediación sea asumida como obligatoria, pues se erige como la vía más eficaz para alcanzar algún acuerdo que contribuya a mejorar la situación de sobreendeudamiento y mantener así la vivienda.

- Asesoramiento legal al deudor hipotecario por parte de los operadores jurídicos o instituciones que desarrollan el procedimiento. de esta forma se facilita la comprensión del lenguaje técnico empleado durante las negociaciones.
- Ahorro en tiempo y costes en comparación con los procedimientos legales, tales como el concurso de acreedores y la ejecución hipotecaria.

c) *Categoría sui generis: diferencias con la mediación y la negociación asistida*

Estos tres medios de tutela coinciden en su consideración como técnicas autocompositivas, aunque difieren en cuanto a las razones de su existencia. En efecto, mientras la mediación y la negociación surgieron como vías alternativas a la judicial con el objetivo de liberar y descongestionar los tribunales, la intermediación hipotecaria emerge como respuesta coyuntural para un conflicto determinado, el hipotecario. Pero en ningún caso su origen está relacionado con la desjudicialización, siendo ésta una de las vertientes de la modernización de la justicia que no solo encuentra un fiel actor en la mediación, pues son varios los mecanismos que se emplean en aras de adaptar la justicia a un nuevo espacio de

reflexión y de protección a los particulares, que supone un menor tiempo de espera para obtener una resolución satisfactoria⁴³¹.

Respecto del procedimiento, encontramos otras diferencias, si bien las principales radican en el equilibrio de las partes y en el papel del mediador, ambas correlacionadas.

En primer lugar, el ámbito de aplicación de la mediación o de la negociación, en este caso, asistida, es muy extenso, siendo posible resolver a través de cualquiera de estas vías conflictos familiares, sanitarios, escolares, mercantiles, etc., mientras que en la intermediación hipotecaria este ámbito ha quedado reducido hasta el extremo, constriñéndose a aquellas controversias que versen sobre la posible pérdida de la vivienda única y habitual del deudor hipotecario, excluyéndose de las ventajas que ofrece este mecanismo a las segundas viviendas o residencias de verano, pues en estos casos se entiende que son viviendas de inversión y no concurre en el deudor hipotecario el requisito de encontrarse en riesgo de exclusión.

En segundo lugar, en la intermediación hipotecaria no se cumple el principio de igualdad, pues mientras en la mediación y en la negociación asistida el tercero debe cumplir con los principios de independencia e imparcialidad, en la intermediación hipotecaria las funciones de este tercero son normalmente asumidas por un abogado, posicionado claramente a favor del deudor hipotecario, convirtiéndose en asesor y

⁴³¹ COBAS COBIELLA, M. E., “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, p. 1.

consejero de las posibles medidas a adoptar para restablecer el equilibrio entre acreedor y deudor hipotecarios.

En tercer lugar, aun a pesar de la especialidad y complejidad de la materia hipotecaria, no se exige –dada la ausencia de regulación sobre la materia– ninguna capacitación técnica o cualidad en términos similares a los previstos en la Ley de Mediación para poder actuar como intermediario. No obstante, dado que la mayoría de los casos dirimidos a través de la intermediación derivan de un proceso de ejecución hipotecaria, los intermediarios deberían ser abogados con conocimientos en materia hipotecaria o economistas especializados en esta materia, en aras de asegurar la eficacia de las negociaciones así como un resultado beneficioso para el deudor hipotecario afectado –o amenazado– con un proceso de ejecución hipotecaria sobre su vivienda habitual. Igualmente, deberían acreditar su capacitación como mediadores pues, aunque técnicamente no se configuren como tal, deben conocer técnicas y habilidades de gestión del conflicto para poder cumplir el objetivo de acercar posturas y facilitar el acuerdo entre las partes.

Finalmente, el procedimiento seguido en la gestión del conflicto hipotecario refleja la singularidad de esta técnica *sui generis*, pues no sigue las mismas pautas que las establecidas para la mediación *stricto sensu* o la negociación asistida.

d) Procedimiento de intermediación hipotecaria

Nótese que nuestro ordenamiento carece de una regulación uniforme en esta materia, lo que abre la veda a que cada institución, Gobierno autonómico, entidades de crédito y Colegios de Abogados, desarrollen sus

propias pautas o guías procedimentales lo que, a nuestro entender, genera inseguridad jurídica en los deudores interesados. No obstante, aunque exista libertad para establecer el procedimiento, en todo caso debe trabajarse para conseguir una solución satisfactoria para ambas partes.

El marco normativo común o básico en el que surgió la técnica de la intermediación hipotecaria ha quedado establecido en los Reales Decretos-Ley 6/2012 y 27/2012 que regularon los Códigos de Buenas Prácticas⁴³². Marco que fue completado con la reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo en la que se confirmó la ilegalidad del procedimiento español de ejecución hipotecaria al vulnerar la normativa comunitaria de cláusulas abusivas.

Con la reforma introducida por los Reales Decretos-Ley *supra* citados, se permitió a las entidades de crédito colaborar con aquellos deudores hipotecarios que no pudieran asumir sus obligaciones de pago. En este sentido, en los Códigos de Buenas Prácticas quedaron recogidas todas las medidas aplicables, esto es, los posibles acuerdos.

Asimismo, sabemos que la intermediación hipotecaria se aplica para resolver el denominado conflicto hipotecario. Sin embargo, debe interpretarse dicha noción en sentido amplio, abarcando no solo aquellas situaciones en las que el deudor se encuentra imposibilitado para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo, sino también aquellos casos en los que prevé que dejará de hacerlo a corto plazo al hallarse con

⁴³² Sobre la protección del deudor implicado en un proceso de ejecución hipotecaria a través de estos Reales Decretos-Ley, véase, MOLLAR PIQUER, M. P. y VILAR GONZÁLEZ, S., “El consumidor frente a la ejecución hipotecaria”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 46, 2013, pp.16-17 y pp. 24-25.

dificultades económicas. Dicho de otro modo, el procedimiento de intermediación hipotecaria podrá tener lugar tanto si el deudor no ha incurrido en impago alguno, ha dejado de pagar una o dos cuotas, tenga tres o más cuotas impagadas pero no se haya iniciado el procedimiento o tenga varias cuotas impagadas (tres o más) y haya sido notificado por la entidad por medio de telegrama o burofax. Asimismo, iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá acudir a la intermediación tras la notificación al deudor de la apertura del procedimiento a través de telegrama o burofax, aunque también cabe la publicación mediante decretos, se encuentren pendientes de la fecha para la subasta o ésta haya sido notificada o incluso cuando se haya producido la ejecución y está pendiente el lanzamiento de la vivienda. No obstante, siempre será preferible, en aras de obtener un mejor acuerdo, que se solicite esta intermediación en una etapa temprana del conflicto.

Vamos a centrar nuestro análisis en la forma y pautas seguidas por los sujetos intervinientes en la gestión del conflicto hipotecario, así como en el contenido de los posibles acuerdos, pues de ello deriva la singularidad de este procedimiento⁴³³. En concreto, aunque no existe uniformidad de criterios ni siquiera en cuanto a las fases en que se estructura el procedimiento, entendemos se divide en tres etapas, siendo las dos primeras estrictamente procedimentales mientras que la última refiere de la adopción del acuerdo.

En primer lugar, el deudor hipotecario, preocupado por la imposibilidad o dificultad de realizar el pago, contacta con la Oficina de

⁴³³ VALL RIUS, A., “La intermediación en problemáticas hipotecarias”, *Revista Digital MM*, 2012, pp. 10-13.

Mediación o Servicio de Intermediación. Sea como fuere, será el intermediador quien deberá informar al deudor interesado de los distintos aspectos de este procedimiento. Aquí se observa la singularidad del rol del intermediador que, desde el principio, desempeña una función de asesoramiento al deudor. Por su parte, el deudor deberá aportar la documentación relativa al contrato en cuestión y a su situación económica.

Toda esta documentación deberá ser evaluada conjuntamente para determinar la concurrencia de los requisitos subjetivos en la persona del deudor y de su familia para poder aplicar el Real Decreto-Ley 6/2012 y así acogerse al Código de Buenas Prácticas. En caso de apreciarse la viabilidad de este procedimiento, el deudor deberá presentar a la entidad de crédito un escrito de solicitud donde se incluirán las opciones viables – acompañado de la documentación evaluada– que será preparado por el propio intermediador, lo que refleja el posicionamiento de éste a favor de aquél. He aquí una diferencia con la técnica de la mediación, donde el mediador se limita a guiar a las partes hacia el consenso, manteniéndose al margen de cualquier otro trámite administrativo.

En segundo lugar, la entidad de crédito tramitará dicha solicitud y estudiará las propuestas formuladas, tratándose de negociar con el cliente y en presencia del intermediador la opción más idónea en función de las circunstancias del deudor. Se observa, pues, que no estamos ante una mediación o una negociación propiamente dichas. En efecto, los posibles acuerdos han quedado estandarizados en el Código de Buenas Prácticas, limitando el margen de actuación a las entidades que, en caso de concurrir los requisitos establecidos, adoptarán la medida determinada. Por tanto, la libertad de pactos queda supeditada al cumplimiento de unos requisitos y condiciones.

Finalmente, tras una o varias negociaciones, lo ideal es que las partes alcancen un acuerdo, pues lo importante es que se permita a los deudores seguir cumpliendo con sus obligaciones de pago, manteniendo así la propiedad de la vivienda. Ahora bien, a mayor gravedad del conflicto, mayor dificultad de evitar la pérdida de la vivienda. Al respecto, el Código de Buenas Prácticas establece una serie de medidas a adoptar, a saber:

- Reestructuración de la deuda⁴³⁴: es la primera de las opciones y una de las más recurridas por las entidades de crédito. Consiste en la modificación de las condiciones del préstamo hipotecario (aplicar un período de carencia, ampliación del plazo de amortización, reducción del tipo de interés, etc.) que permitiría al deudor continuar amortizando la hipoteca.
- Quita del principal: será aplicable en caso de inviabilidad de la medida anterior, pudiendo la entidad perdonar al deudor un porcentaje del capital pendiente de amortización.
- Dación en pago: el deudor entrega la vivienda a la entidad de crédito, cancelándose la deuda⁴³⁵.

⁴³⁴ Sobre esta opción, véanse, BALLUGUERA GÓMEZ, C., “El Servicio de Ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 de abril de 2012. Documento disponible en línea en: en www.notariosyregistradores.com, consultado el día 22 de octubre de 2014 y ÁLVAREZ VEGA, M. I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 340-355.

⁴³⁵ En contra, GARCÍA ABURUZA, M. P., Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus”, en AA.VV., *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, coord. por SALAS CARCELLER, A., Aranzadi, Navarra, 2012, p. 120. “Precisamente por la repercusión del mundo hipotecario en la economía y en el mercado, y, por ende en la sociedad y la colectividad, resulta también difícil admitir la dación

- Venta del inmueble: se le concede un plazo al deudor para proceder a la venta del inmueble y sufragar la deuda con el importe obtenido. No es la medida más apropiada, pues supone la pérdida de la vivienda.
- Suspensión del lanzamiento por un plazo no superior a dos años: se trata de una medida adoptada por el Real Decreto-ley 27/2012 por la que se permite al deudor permanecer en la vivienda durante ese período.

Sea cual fuere el contenido del acuerdo, en virtud del principio de la autonomía privada regulado en el artículo 1255 del C.C., entendemos se ha configurado un acuerdo que, en todo caso, debe vincular a las partes.

A nuestro entender, la intermediación hipotecaria se ha convertido en un instrumento útil, por no decir el más útil, en la solución de conflictos en materia hipotecaria donde el deudor haya sido, o pueda ser, afectado por un proceso de ejecución. En este sentido, la intermediación se erige como el medio más idóneo y rápido para evitar la pérdida de la vivienda al

(ilimitada y forzosa) o la cláusula rebus como posibilidades a jugar en este ámbito, ya que las mismas no afectarían únicamente a las partes integrantes del contrato de préstamo hipotecario de forma aislada, sino que las mismas repercutirían en todo el sistema económico pues podría hacer tambalear el equilibrio del sistema bancario y con él de un mercado cada vez más interrelacionado y globalizado que actúa como dominó, en el que el fallo de una pieza puede ser fatal para el mantenimiento de las demás. (...) la obtención de un préstamo hipotecario, por el volumen de dinero que conlleva, el bien que se pretende adquirir (vivienda) y las consecuencias que tendrá en caso de impago (el desahucio) debe ser un acto de autorresponsabilidad de quien lo solicita que no debe caer en un endeudamiento excesivo, ya que nadie mejor que uno mismo conoce cuál es su capacidad económica para afrontar una operación así, por ello, e incluso por interés público, no cabría esa admisión generalizada de las fórmulas predichas por posible peligro de tambalear el sistema en su conjunto y la propia solvencia de los bancos, que podría incluso llegar a arriesgar (por ejemplo) los depósitos de los ahorradores que no han cometido ningún acto de irresponsabilidad para tener que soportar una consecuencia así, siendo una gran injusticia e insolidaridad que unos ciudadanos asuman las consecuencias de los actos de otros”.

mismo tiempo que permite, en muchos casos, reducir la situación de sobreendeudamiento del deudor. No obstante, queda mucho camino por recorrer, debiendo las entidades de crédito ser más proactivas en la concesión de mejores condiciones de pago que faciliten al deudor agraviado proseguir con la amortización de la deuda al mismo tiempo que los poderes públicos deberían adoptar medidas eficaces que garantizaran a los ciudadanos el derecho a una vivienda.

2.5.2. Métodos heterocompositivos

La heterocomposición se caracteriza por el sometimiento 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 acatarla. Teniendo en cuenta la función desempeñada por este tercero imparcial, resulta obvio que las dos técnicas heterocompositivas son, por un lado, el proceso judicial (sistema de carácter público), en donde el tercero es un juez que emite una resolución sobre el caso de naturaleza vinculante, pues constituye un título con valor ejecutivo. Y, por otro lado, como cauce de resolución diferente al judicial, encontramos el arbitraje (sistema de carácter privado), donde el tercero ya no es un juez, sino un árbitro o tribunal arbitral, quien impone la solución a las partes como un juez, mediante el laudo arbitral también con fuerza ejecutiva. Asimismo, el control del procedimiento recae sobre las propias partes, siempre con el debido respeto a los principios esenciales de existencia de un proceso.

- i. Arbitraje. Referencia al arbitraje en el caso de las “participaciones preferentes”.

El arbitraje⁴³⁶ como medio extrajudicial de solución de conflictos está regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje⁴³⁷, (en adelante, Ley de Arbitraje), reformada en 2011⁴³⁸ para dar un mayor impulso a este cauce de resolución, modificando en una forma importante la vigente Ley para hacerla más accesible a los ciudadanos, incrementando al mismo tiempo la seguridad jurídica y la credibilidad respecto de este procedimiento de tutela extrajudicial. Asimismo, a través de esta modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos surgidos en sede de sociedades de capital, así como de los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales⁴³⁹.

⁴³⁶ Por todos, véanse, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson Civitas, Madrid, 2006; MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M., *Tratado de derecho arbitral*, tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006; BÜHRING-UHLE, C., KIRCHHOFF, L. y SCHERER, G., *Arbitration and mediation in international business*, Kluwer Law Arbitration, Holanda, 2006; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2005; RAU, A. S., SHERMAN, E. F. y PEPPET, S. R., *Arbitration*, Foundation Press, Nueva York, 2002; INTERNATIONAL TRADE CENTRE UNCTAD/WTO (ed. por LOADES, G.), *Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How to settle international business disputes*, International Trade Centre, Ginebra, 2001, pp. 33-41 y GASPARE LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 1998.

⁴³⁷ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

⁴³⁸ Ley 11/2011, 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE, núm. 121, de 21 de mayo).

⁴³⁹ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011. Presupuestos, antecedentes y alcance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57-76 y ARIZA COLMENAREJO, M. J., “La regulación del arbitraje estatutario” en AA.VV., *La*

La Ley española tiene como principal criterio inspirador la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, dictada con la finalidad de uniformizar el derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica cada vez más habitual del arbitraje en el marco del comercio internacional⁴⁴⁰. Asimismo, esta Ley Modelo ha sido referencia en la elaboración de la Ley de arbitraje del Reino Unido, *The Arbitration Act 1996*, que sigue además una similar estructura a la Ley española⁴⁴¹.

Por su parte, la regulación de arbitraje en Australia data de 1867, con la denominada *New South Wales Arbitration Act 1867*, herencia de la *English Arbitration Act 1698*, y que ha sido modificada en numerosas ocasiones con objeto de adaptar sus disposiciones a la realidad cambiante de la sociedad y las nuevas necesidades de tutela. Una de las modificaciones que ha llamado nuestra atención ha sido la adopción, entre 2010 y 2011, de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006 como base jurídica

reforma de la Ley de Arbitraje de 2011: (comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo), dir. por DAMIAN MORENO, J., La Ley, Madrid, 2011, pp. 37-68.

⁴⁴⁰ El precursor de la doctrina sobre el arbitraje en el comercio internacional y su regulación por la Ley Modelo UNCITRAL es el prof. Carlos Esplugues Mota. Véanse sus primeras obras, ESPLUGUES MOTA, C., “Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1986, pp. 11-28 y ESPLUGUES MOTA, C. y MCNERNEY, M., “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law”, *Boston College International and Comparative Law Review Boston College International and Comparative Law Review*, 1986, pp. 47-73.

⁴⁴¹ Para un análisis comparado entre las disposiciones más importantes de las leyes de arbitraje española e inglesa, véanse, COTTON, J., y YILDIZ, H., “Chapter 15. England & Wales”, en AA.VV., *The Dispute Resolution Law Review*, ed. por COTTON, J., 6 ed., Law Business Research, Reino Unido, pp. 231-233 y ASTARLOA, E. y LEANDRO VIERIRA DA COSTA, P., “Chapter 46. Spain”, en AA.VV., *The Dispute Resolution Law Review*, op. cit., pp. 720-721.

de la regulación de los arbitrajes comerciales, tanto nacionales como internacionales⁴⁴², incrementando la seguridad jurídica al facilitar la armonización y homogeneización de las normas pero especialmente mejorando la eficiencia del propio procedimiento al permitir utilizar la misma jurisprudencia arbitral y experiencia en todos los arbitrajes comerciales⁴⁴³.

Continuando ahora con la noción de arbitraje, sorprende que nuestra Ley de Arbitraje, aun a pesar de las modificaciones, no contenga ninguna referencia al respecto. Sin embargo, de su articulado se desprende que el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de conflictos que se caracteriza por la actuación imparcial de un tercero, bien persona individual (árbitro), bien colegiado (tribunal o colegio arbitral), que actúa *supra partes*, imponiendo su decisión, emitida en forma de laudo.

La libertad es la base del arbitraje. El reflejo de esta afirmación lo encontramos en el principio de autonomía de la voluntad, fundamento del procedimiento y que nos permite percibir el arbitraje como *“medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)”*⁴⁴⁴. Libertad que, por otra parte, está presente a lo largo de la propia Ley de Arbitraje, pues concede a las partes un cierto

⁴⁴² Para los arbitrajes comerciales internacionales, ya se había incorporado previamente la Ley Modelo, tras la incorporación, en 1974, del Convenio de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

⁴⁴³ BAMFORD, D., “Australia”, en AA.VV., *Global perspectives on ADR*, ed. por ESPLUGUES MOTA, C. y BARONA VILAR, S., Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 57-61.

⁴⁴⁴ STC núm. 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4. (B.D. Westlaw, RTC 1996\176).

protagonismo en la regulación de aspectos importantes del procedimiento. Pactos que deberán quedar recogidos en el llamado convenio arbitral, que constituye el contrato previo por el que las partes deciden resolver sus controversias a través de este medio de tutela extrajudicial.

Distinguimos dos tipos de arbitraje en nuestro ordenamiento según el procedimiento elegido. En efecto, las partes pueden decantarse por un arbitraje institucional o un arbitraje *ad hoc*. El arbitraje institucional implica que las partes, de mutuo acuerdo, encomiendan a una Institución o Corte arbitral la administración del procedimiento, mientras que en el arbitraje *ad hoc* son las partes las encargadas de su gestión y organización.

Asimismo, también podemos distinguir dos tipos de arbitraje de acuerdo con las bases utilizadas en el proceso de elaboración de la solución. En efecto, el laudo puede ser dictado en derecho o en equidad⁴⁴⁵, siendo el arbitraje en derecho la regla supletoria en defecto de pacto. Por un lado, el laudo conforme a derecho debe ser motivado, esto es, razonado jurídicamente mediante la aplicación estricta de la norma jurídica aplicable al supuesto. Este tipo de arbitraje es idóneo, por ejemplo, en caso de conflicto sobre la interpretación de cláusulas contractuales. Por otro lado, el arbitraje de equidad es aquel en el que los árbitros resuelven según su “leal saber y entender”. Por ello, es más flexible en tanto en cuanto otorga al árbitro un mayor margen de maniobra. Pero en ningún caso hay que confundir flexibilidad con arbitrariedad, pues el árbitro no puede

⁴⁴⁵ El arbitraje de equidad ha dejado de ser el tipo de arbitraje aplicable en defecto de pacto tal y como establecía la LEC 1881, quedando ahora limitado a los casos en que las partes se hayan manifestado expresamente en ese sentido aunque también a través de una remisión literal a la “equidad”, “decisión en conciencia”, “*ex aequo et bono*” o “amigable componedor”.

desconocer el ordenamiento jurídico. A diferencia del arbitraje en derecho, aquí la decisión arbitral debe justificarse atendiendo de forma conjunta a la norma jurídica y a las demás circunstancias del caso, para ofrecer una solución más justa para las partes.

En lo que concierne a la naturaleza de la resolución arbitral, es importante señalar que está dotado de fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada (artículo 43 de la Ley de Arbitraje). Esta condición deviene fundamental, puesto que en este caso el arbitraje se convertiría en una vía de tutela sustitutiva de la judicial, aunque no por ello deja de ser una vía de tutela tan válida como las demás. Resulta absurdo pensar que, por el mero hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa a un tercero –que ha sido investido como árbitro–, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución ha quedado menoscabado. El Tribunal Constitucional ha podido pronunciarse sobre esta cuestión, concluyendo que *“el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal”*⁴⁴⁶.

El laudo, cuando es firme, pone fin al procedimiento y no puede volver a ser planteado. En suma, el arbitraje puede ser entendido como *“un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es la obtención de*

⁴⁴⁶ STC núm. 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4. (B.D. Westlaw, RTC 1996\176). Citando Sentencias anteriores, la núm. 99/1985, de 30 de septiembre (B.D. Westlaw, RTC 1985\99), núm. 50/1990, de 26 de marzo (B.D. Westlaw, RTC 1990\50) y núm. 149/1995, de 16 de octubre (B.D. Westlaw, RTC 1995\149).

una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada)”⁴⁴⁷.

Así las cosas, el arbitraje se configura como un procedimiento de instancia única, contra el que no cabe plantear recurso alguno, a diferencia

⁴⁴⁷ SSTC núm. 15/1984, de 6 de febrero, F.J. 9b (B.D. Westlaw, RTC 1984\15) y núm. 62/1991, de 22 de marzo, F.J. 5 (B.D. Westlaw, RTC 1991\62). Estas Sentencias resolvieron una cuestión muy controvertida. Básicamente se discutía si la creación de órganos arbitrales tales como las Juntas Arbitrales eran competencia del Estado o, por el contrario, de las Comunidades Autónomas. En otras palabras, si se había producido una invasión del Estado sobre las Comunidades Autónomas, fallando finalmente a favor de la competencia exclusiva del Estado en este aspecto.

En la Sentencia núm. 62/1991, el TC resolvió sobre un recurso de inconstitucionalidad y de conflicto positivo de competencias interpuesto por el Estado contra la Ley del Parlamento de Galicia 12/1984, del Estatuto gallego del consumidor y del usuario, pero en lo que aquí interesa, contra el inciso “*además de las funciones de arbitraje que tienen encomendadas*” (artículo 7) y el inciso “*en atención a las funciones de arbitraje que normalmente desempeña*” del párrafo 2 del artículo 8 del Decreto de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo.

Argumentó que el establecimiento de un sistema de arbitraje “*es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1.5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del artículo 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley esta-tal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del artículo 31 de la Ley gallega como el artículo 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal*” (F.J. 5º). (Énfasis añadido).

Al respecto de las Sentencias citadas, así como de otras relacionadas, véanse, por todos, CRUZ VILLALÓN, P., “Medios alternativos y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 11, 2008, pp. 18-20 y ALBERT MUÑOZ, M. A., CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. y NAVA CÓRDOBA, J. N., “La defensa de los consumidores y usuarios a través del arbitraje: el sistema arbitral de consumo”, en AA.VV., *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, dir. por MARTOS NÚÑEZ, J. A., Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997, España, pp. 273-278.

de lo que sucede con los pronunciamientos judiciales⁴⁴⁸. No obstante, cabría ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes (artículo 43 de la Ley de Arbitraje). No se trata, ésta, de un recurso, sino de un instrumento de revisión de las garantías procedimentales, estando los motivos para su interposición tasados e impidiéndose además la revisión del fondo de la decisión arbitral. Por tanto, la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo.

Además, téngase en cuenta que los árbitros actúan en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, revestidos de *auctoritas*, empero, carecen de *imperium*, exclusivo de los jueces ordinarios⁴⁴⁹. Son estos últimos –los jueces– quienes, en exclusiva, pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. No obstante, la ausencia de este *imperium* no supone perjuicio alguno en

⁴⁴⁸ Así, “arbitraje y proceso divergen en cuanto: 1. Sólo las materias disponibles son aptas para constituir objeto de arbitraje, lo que no acaece en el proceso. 2. El acceso al arbitraje se voluntario, al proceso puede no serlo (en general, al penal). 3. El tercero imparcial es elegido directa o indirectamente por los litigantes en el arbitraje pero viene establecido en el proceso. 4 la sentencia no vale porque las partes la hayan aceptado *a priori* o la consientan *a posteriori*, sino en cuanto emana de un órgano investido de potestad jurisdiccional y en virtud del deber de sujeción que liga al ciudadano. El laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su conocimiento. 5. El juez solo puede decidir desde y según la ley, el árbitro también según en equidad. Del árbitro cabe predicar neutralidad y del juez siempre independencia”. PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, *Cuadernos de Derecho judicial (Ejemplar dedicado a arbitraje, mediación, conciliación)*, núm. 27, 1995, pp. 42-43.

⁴⁴⁹ “[...] A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, **el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional»**, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC núm. 62/1991 [RTC 1991\62], fundamento jurídico 5.º, y 288/1993 [RTC 1993\288], fundamento jurídico 3.º). **Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión [...]**” (Énfasis añadido). Auto del TC núm. 326/1993, de 28 de octubre, F.J. 1. [B.D. Westlaw, RTC 1993\326].

la obligatoriedad del laudo sino que, ante la falta de cumplimiento de una de las partes de las obligaciones impuestas, bien la contraparte, bien el árbitro, deberán accionar el engranaje jurisdiccional a través del mecanismo de auxilio judicial para que sea un juez, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado –emanada del pueblo de conformidad con el artículo 117 de la Constitución– quien haga efectivo el contenido del laudo a través del proceso de ejecución. He aquí un ejemplo de la complementariedad de tipos de tutela –judicial y extrajudicial–.

En suma, el arbitraje constituye una excepción a la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional reservada a los órganos judiciales. En efecto, los árbitros solo participan o intervienen en la fase declarativa, consistente en “juzgar”, pero nunca pueden participar en la fase ejecutiva para “hacer ejecutar lo juzgado”. Diversas son las razones que justifican esta excepción⁴⁵⁰, entre ellas, el principio de autonomía de la voluntad que rige todo arbitraje, que enlaza con el carácter disponible de las materias a él sometidas. Igualmente, la actuación de los árbitros queda limitada a la tarea declarativa, pues carecen de la *potestas* o *imperium* exigido para actuar en la fase ejecutiva. De ahí que el laudo arbitral, aunque constituya título ejecutivo, quede sometido a un control, aunque sea mínimo, ejercido por los jueces y tribunales jurisdiccionales.

Expuesto *supra*, el laudo arbitral tendrá fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada. Es en este aspecto donde arbitraje y jurisdicción coinciden, pues ambos son medios heterocompositivos y otorgan similar valor a sus

⁴⁵⁰ CUBILLO LÓPEZ, I. J., “Capítulo VI. El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores”, en AA.VV., *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coord. por CUBILLO LÓPEZ, I. J., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 278-279.

resoluciones –laudo y sentencia–. Sin embargo, esta semejanza es tan solo de carácter material por cuanto ambas son decisiones en las que se recogen las argumentaciones y justificaciones que han llevado al árbitro o al juez, según el caso, a tomar tal decisión, pero difieren claramente en la configuración de sus potestades y facultades⁴⁵¹. Asimismo, percibimos de diferente forma el procedimiento arbitral del proceso judicial⁴⁵². Precisamente, en lo que concierne a la percepción del grado de agresión y afectación, consideramos que es menor en el procedimiento arbitral. En efecto, las partes de un conflicto resuelto a través del mecanismo del arbitraje tienen la apreciación de una menor injerencia por parte del árbitro que la que realizaría el juez en el marco de un proceso. Esta menor injerencia (percibida) permite una mayor satisfacción de las partes con la resolución dictada, lo que redundará en un mayor grado de conformidad y cumplimiento.

⁴⁵¹ STS núm. 429/2009, de 22 de junio, F.J. 4. [B.D. Westlaw, RJ 2009\4703].

“La semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra –se ha dicho– son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 CE). Sin embargo, las diferencias son también nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. [...] Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder”. Auto del TC (Sala Primera) núm. 259/1993, de 20 de julio, F.J. 1. [B.D. Westlaw, RTC 1993\259].

⁴⁵² Sobre las diferencias entre arbitraje y jurisdicción, así como la como las conexiones existentes entre los medios extrajudiciales de solución de conflictos y la jurisdicción, véase, SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLVI, 2013, pp. 48-54.

Coincidiendo con BARONA⁴⁵³, el arbitraje es un medio de tutela, entendido como el instrumento que utilizan los ciudadanos para solicitar la tutela a un árbitro en lugar de a un juez como sucede en el proceso civil. Además, es un medio de tutela privado, iniciado a instancia de partes, pues “es la voluntad, única y exclusivamente, de las partes lo que da origen y fundamento al mismo”⁴⁵⁴. Básicamente es consecuencia del ejercicio de la libertad de las partes. Finalmente, este medio de tutela privado es fomentado por el Estado, tal y como refleja el desarrollo normativo en la materia y cada vez lo hace más expansivo al ámbito de “lo público”.

El arbitraje es un sistema que ofrece muchas ventajas de las que podrían servirse las entidades de crédito⁴⁵⁵. De todas las ventajas destacamos la confidencialidad por encima del resto. Así pues, si esta característica resulta ya de por sí atractiva, más aún cuando la controversia se ha suscitado en el marco de un contrato bancario. En este sentido, acudiendo a la vía arbitral se les estaría brindando a las entidades de crédito la posibilidad de resolver sus litigios sin ninguna clase de publicidad (negativa), esto es, sin que información alguna –especialmente información privada y sensible– trascienda del marco del propio

⁴⁵³ BARONA VILAR, S., “Capítulo I: Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, op. cit., pp. 55-58.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁵⁵ Sobre las ventajas del uso del arbitraje en el sistema financiero y cómo sería su organización, véanse, por todos, YOUNG, M., PULLEN, A., FREEMAN, J., “Demystifying the use of arbitration clauses in international finance documents”, *Journal of International Banking and Financial Law*, junio 2012, pp. 357-360; BLANCH, J., “Derivatives arbitration: will it ever become chic in Europe?”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 25, núm. 4, 2010, pp. 246-248 y PARK, W. W., “Arbitration in Banking and finance”, *Annual Review of Banking Law*, vol. 17, 1998, pp. 246-253.

procedimiento, pues en virtud de dicho principio, las partes no pueden revelar lo expresado o manifestado durante su desarrollo. Este –podríamos llamarlo– deber de silencio, contribuiría a que la reputación y el prestigio de la entidad de crédito no se viera perjudicada por la concurrencia de desavenencias con la clientela, pudiendo mantener, por otra parte, el nivel de confianza en ella depositado por sus clientes.

Ahora bien, la vía arbitral no es la panacea, no es la solución a todos los males del Poder Judicial. Sus ventajas son notables, sí, pero también presenta ciertos inconvenientes que provocan reticencias en su uso, tanto por parte de los consumidores como de los propios empresarios. El coste económico es buena prueba de ello. Aunque en términos relativos, es decir, en comparación con los costes que pueden derivarse de un proceso judicial, son menores, siguen siendo elevados también en comparación con otras modalidades de ADR. Atendiendo a la materia objeto de decisión arbitral, así como al centro elegido, los costes pueden incrementarse hasta cuantías elevadas que quizá no compensen su utilización. Encarecimiento que hace que las partes –quienes deben sufragar los honorarios de los árbitros y, en su caso, los generados por la propia institución arbitral– se muestren contrarias a su uso.

Otro de los inconvenientes que constituye, también, una de sus grandes ventajas, es su organización procesal como instancia única. Esta estructura responde al principio de economía procesal pero, además, facilita la garantía efectiva de los principios de confidencialidad y celeridad. Se evitan así los trámites y recursos innecesarios. Sin embargo, el hecho de que el fondo del laudo no pueda ser revisado, siquiera por el propio árbitro, perjudica la seguridad jurídica y, con ello, la confianza de los consumidores en este medio de tutela. Además, aunque se trate de un

procedimiento voluntario en el que se entiende que las partes van a acatar la decisión, no sería la primera vez que se debe recurrir al juez competente para que ordene la ejecución de las obligaciones. Pero esta intervención del juez, dentro de sus tareas de auxilio judicial, no puede ser entendida como una segunda instancia, aunque sí implica una demora en la obtención del resultado definitivo. Dilación que puede tener efectos adversos sobre la percepción del arbitraje.

Sentadas las bases del arbitraje, avanzaremos en nuestro estudio analizando dos arbitrajes especializados. En primer lugar, estudiaremos el arbitraje de consumo, En segundo lugar, hablaremos del arbitraje específico para resolver las controversias nacidas en el sector bancario. Finalmente, acabaremos con la explicación de un caso que está marcando un antes y un después en las políticas bancarias: el caso de las “participaciones preferentes”.

ii. El arbitraje de consumo

El arbitraje de consumo tiene su propia regulación como arbitraje sectorial, aunque, como es imaginable, la esencia es la misma que en el arbitraje general. Así, encontramos su base jurídica en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*⁴⁵⁶, (en adelante, RDAC), donde expresamente se define este tipo

⁴⁵⁶ BOE núm. 48, de 25 de Febrero de 2008. Modificado por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, *por el que se modifica el R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. (BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009). En lo no dispuesto en este texto normativo, será de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje.

Sobre este Real Decreto, véanse, por todos, TOMILLO URBINA, J., “El arbitraje de consumo en España: un recorrido histórico”, en AA.VV., *Mediación, Arbitraje y*

de arbitraje más específico. Se trata de un “*arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*”. Esta definición complementa la vigente contenida en el artículo 57.1 del TRLGDCU, según el cual el Sistema Arbitral de Consumo⁴⁵⁷ (en adelante, SAC), es un “*sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito*”.

Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo II: Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos, coord. por FERNÁNDEZ CANALES, C., ed. REUS, Madrid, 2010, pp. 108-113; MARCOS FRANCISCO, D., “Nueva perspectiva del Arbitraje de consumo a la luz del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 16, 2008; FIDALGO LÓPEZ, A., “El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008”, *Actualidad civil*, núm. 13, 2009.

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008. Objeto, Ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 183-207; SAN CRISTÓBAL REALES, S., “El arbitraje de consumo”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 40, 2007, pp. 101-140; MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., “El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario”, en AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, ed. por FLORENSA I TOMÀS, C. E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 27-50; SANCHIDRIÁN PARDO, R., “Nuevos retos del arbitraje de consumo”, AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, op. cit., pp. 167-172; CORTADAS ARBAT, R., “Luces y sombras del sistema arbitral de consumo: el sistema arbitral desde la óptica empresarial”, AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, op. cit., pp. 181-184.

Por tanto, estamos ante un sistema de solución de conflictos de naturaleza extrajudicial que conoce de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y los profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor⁴⁵⁸. Además, está configurado como un procedimiento cuya tramitación y desarrollo presenta menor complejidad que el arbitraje previsto en la norma general, y con una composición tripartita a través de las Juntas Arbitrales de Consumo⁴⁵⁹, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales⁴⁶⁰.

Este tipo de arbitraje reviste una característica no compartida con otros arbitrajes, y es la gratuidad del procedimiento. A diferencia de lo que sucedía en el arbitraje general, aquí no son las partes quienes sufragan los honorarios de los árbitros y de la institución arbitral, sino la propia Administración. Solamente atenderán los gastos derivados de las pruebas practicadas a su instancia. He aquí la razón de su éxito.

Ahora bien, como cualquier procedimiento, también presenta ciertos inconvenientes. Téngase en cuenta que para poder resolver las disputas mediante este arbitraje especializado, las empresas contra las que se

⁴⁵⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *AFDUAM*, núm. 11, 2008, pp. 125-128 y MARÍN LÓPEZ, M. J., “Objeto y límites del arbitraje de consumo”, *Cuadernos de Consumo*, núm. 23, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005.

⁴⁵⁹ SAN CRISTÓBAL REALES, S., *Sistemas complementarios a la Jurisdicción de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 391-397 y BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. XLII, 2009, pp. 140-143.

⁴⁶⁰ BUJOSA VADELL, L. M., “9. El arbitraje de consumo”, en AA.VV., *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dir. por SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A., Thomson, Valladolid, 2013, pp. 142-144.

reclama deben estar adheridas al SAC. Aunque no lo estuvieran, ante una demanda arbitral, pueden los empresarios aceptar *ex-post* someterse a esta vía para solventar la reclamación.

En suma, estamos ante una vía de tutela arraigada en muchos sectores, donde muchos empresarios consideran que su adhesión al SAC es “símbolo de calidad” en la atención dispensada a sus consumidores. La otra cara de la moneda está representada por aquellos consumidores que, por haberseles brindado la posibilidad de acudir al arbitraje, someterán finalmente sus pretensiones a este sistema arbitral, evitándose los costes que deberían sufragar con cualquier otra vía de tutela extrajudicial.

iii. Un arbitraje especializado: el arbitraje bancario y financiero

En el ámbito bancario y financiero ha quedado patente la ausencia de una verdadera “cultura arbitral”, motivada por las reticencias de las instituciones crediticias a someter cualquier controversia a arbitraje, que contrastan fuertemente con otros sectores más proclives a su uso tales como el sector de la construcción o el transporte marítimo⁴⁶¹. Reticencias que venían justificadas por la previsión de las entidades de crédito de sistemas extrajudiciales de resolución de reclamaciones de los usuarios, tales como el Defensor del Cliente de la entidad o el Servicio de Reclamaciones incardinado en el Banco de España –o su equivalente en la CNMV–. No obstante, el arbitraje presenta la gran ventaja de que su resolución (contenida en el laudo) es vinculante, teniendo efectos de cosa

⁴⁶¹ BLANCH, J. y KUEHL, L., “Derivatives arbitration: will it ever become chic in Europe?”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 25, núm. 4, 2010, p. 246.

juzgada, mientras que la resolución de estos Servicios de Reclamaciones no, lo que dificulta sobremanera su efectivo cumplimiento.

Encontramos los siguientes tipos de arbitraje dentro del ámbito financiero, dependiendo de quiénes se constituyen como parte:

- El arbitraje entre entidades financieras: Es un tipo de arbitraje común y muy utilizado. La finalidad es resolver las disputas entre los propios Bancos, Cajas de Ahorros, etc. Estamos ante una modalidad de arbitraje institucional, donde las instituciones arbitrales quedan compelidas a la organización y desarrollo del procedimiento. Destacan, por su prestigio en el sector, las instituciones arbitrales DIRIBAN (creado en 1962) y SERDI (fundado en 1983)⁴⁶².
- El arbitraje con empresas: Puede optarse por este arbitraje siempre que los clientes de una entidad de crédito sean empresas. Estamos ante un arbitraje privado que no presenta mayor dificultad ni especialidad respecto del arbitraje regulado en la norma general.
- El arbitraje de consumo, –al que hemos hecho referencia *supra*–, concurre cuando ambas partes –entidad de crédito y consumidor (entendido como consumidor final)– formalizan el convenio arbitral ante la correspondiente Junta Arbitral. Aquí se encuadra el

⁴⁶² GARCÍA MUÑOZ, J., “7. El arbitraje bancario y financiero”, en AA.VV., *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dir. por SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A., *op. cit.*, pp. 121-122 y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El diriban y el serdi, dos procedimientos de resolución de conflictos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2000, pp. 1661-1668.

caso de las “participaciones preferentes” que trataremos a continuación.

El criterio básico y fundamental que rige el procedimiento en este arbitraje bancario y financiero no podía ser otro que la especialización. Especialización que va en un doble sentido. Por un lado, hablamos de la experiencia y exigencia de conocimientos más avanzados de los terceros imparciales –los árbitros–, tanto de la teoría procesal y sustantiva del procedimiento arbitral, como de la materia bancaria –productos bancarios, servicios, clausulado contractual, entre otros–. Cualidades que los convierten en personas más aptas para resolver el conflicto frente al perfil más generalista de los jueces.

Por otro lado, el procedimiento arbitral utilizado en este tipo de arbitraje no dista mucho del arbitraje regulado en la norma general. En este sentido, y teniendo en cuenta las reticencias de las entidades de crédito de incluir cláusulas de sumisión a procedimientos diferentes a los provistos por ellas –Departamento de atención al cliente y Defensor del Cliente–, será factible incluir una cláusula arbitral *ab initio* o *ex post*, esto es, incorporada en el contrato principal o como convenio o contrato separado nacida ya la disputa. Pero aquí lo interesante sería contar con las instalaciones, además de con los medios informáticos y tecnológicos precisos e idóneos según la operación bancaria de la que deriva la disputa para poder analizarla y resolverla adecuadamente⁴⁶³.

Asimismo, otro de los aspectos a tener en cuenta para desarrollar este arbitraje bancario y financiero es la cuestión de la arbitrabilidad de las

⁴⁶³ A favor, GARCÍA MUÑOZ, J., “7. El arbitraje bancario y financiero”, en AA.VV., *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, op. cit., p. 120.

operaciones realizadas. Legalmente solo pueden ser materias objeto de arbitraje aquellas que son disponibles para las partes, entre las que efectivamente se encuentran las operaciones bancarias⁴⁶⁴. Por tanto, no presenta mayor dificultad el someter una gran parte de las controversias surgidas en el marco de la contratación bancaria a un procedimiento arbitral.

Merece finalmente destacar la labor que, desde Asociaciones y Cortes de Arbitraje, se está haciendo en *pro* del arbitraje. Un claro ejemplo lo encontramos en el Comité Bancario y Financiero de Arbitraje, puesto en marcha en 2009 y creado en el seno de la Asociación Europea de Arbitraje (en adelante, AEADE). Su misión es resolver todas aquellas disputas que surjan en el seno de la contratación bancaria, de seguros y del mercado de valores.

Presenta las ventajas de todo arbitraje, pero además se observa la exigencia a los árbitros⁴⁶⁵ de la doble especialización a la que hemos aludido previamente. Por un lado, deben ser conocedores de las cuestiones

⁴⁶⁴ Dentro de las operaciones bancarias susceptibles de arbitraje podemos destacar las garantías bancarias y los créditos documentarios, los préstamos sindicados y bilaterales, operaciones de financiación estructurada (*Structured Finance and Project Financing*). PROL, F. G., “El arbitraje financiero. Una aproximación desde España”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 6, núm. 3, 2013, pp. 715-797.

⁴⁶⁵ Entre los árbitros del Comité destacan, por ser figuras importantes de Instituciones públicas, D. César Albiñana, socio director de CMS; D. Manuel Romero, miembro del Comité Consultivo de la CNMV y D. José Fernando Merino Merchán, Letrado de las Cortes Generales y del Consejo de Estado, entre otros. La lista completa de los árbitros especializados en temas bancarios y financieros está disponible en línea: http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/index.php?sobi2Search=Buscar+...&field_type=all&field_specialty=field_specialty_opt_2&field_country=all&field_language=all&SobiCatSelected_0=10&search=Buscar&option=com_sobi2&sobi2Task=search&Itemid=6&searchphrase=any&reset=2&sobiCid=10&SobiSearchPage=0, consultada el día 4 de junio de 2014.

procedimentales y, por otro, expertos en contratos bancarios, en seguros y en productos financieros y de inversión. Esta exigencia entendemos no tiene por qué significar que los árbitros deben saber de todas estas materias. Si bien ello sería lo ideal, quizá sea más recomendable que se especialicen en un ámbito concreto –banca, inversión o seguros– para dar una respuesta más fundada y justa pero, sobre todo, en el menor lapso de tiempo posible gracias a dicha especialización.

Asimismo, se trata de un Comité que tiene la gran ventaja de no restringir su ámbito de aplicación a las reclamaciones de índole nacional, englobando también las internacionales. Esto supone abarcar mayor número de consumidores y de posibles reclamaciones, pero también la posibilidad de tutelar los derechos e intereses económicos de los consumidores de una forma ágil y eficaz. No obstante, esta ventaja puede tornarse desventaja en tanto en cuanto la incorporación de elementos de extranjería puede implicar mayor complejidad para el árbitro a la hora de analizar todas las circunstancias del caso.

Respecto del procedimiento, optan por seguir las disposiciones de la normativa general –Ley de Arbitraje–, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica para el consumidor que acceda a este medio de solución de controversias. Quizás el aspecto más relevante sea la fijación de un plazo de seis meses para dictar el laudo, lo que constituye un plazo reducido en una materia tan compleja como ésta.

No obstante, a pesar de los esfuerzos realizados desde esta entidad por impulsar este arbitraje en materia financiera a través de este Comité integrado por grandes expertos en la materia, sigue siendo una vía poco utilizada por las entidades de crédito y por los consumidores, quienes no

terminan de confiar en un método aun cuando presenta las mismas garantías que cualquier otro tipo de arbitraje y que, además, tiene como valor añadido la experiencia y conocimiento del árbitro adquiridos durante su carrera profesional. Aun así, debemos continuar promoviendo este tipo de arbitraje que, a largo plazo, dará buenos resultados y servirá para reducir el colapso en el que viven los tribunales civiles y mercantiles.

iv. El arbitraje de las «participaciones preferentes»

Se trata del caso más “famoso” de los últimos tiempos, junto con las denominadas “cláusulas suelo”. Merecen un especial tratamiento por las nefastas consecuencias sufridas por los inversores de este producto financiero desde que saltara a la luz, el 15 de septiembre de 2008, la quiebra del banco de inversión *Lehman Brothers*, ligado a otras muchas instituciones financieras que se contagiaron rápidamente de sus problemas de solvencia. El problema fundamental tiene como origen la desinformación y la divergencia entre las características teóricamente definidas del producto y las consecuencias acaecidas en la realidad, quizá bien planteadas en un principio pero efectivamente mal llevadas a la práctica.

En otras palabras, el verdadero conflicto radica en la falta de información completa y no distorsionada en la comercialización de este producto⁴⁶⁶, contraviniendo en ocasiones la Directiva 2004/39/CE del

⁴⁶⁶ CARRASCO PERERA, A., “«Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 34-37. Recomendamos la lectura del artículo completo sobre las participaciones preferentes y sus consecuencias jurídicas sobre los inversores particulares. El autor mantiene una postura crítica frente a la “causa anti-preferente”,

Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo⁴⁶⁷, (*Markets in Financial Instruments Directive*), (en adelante, Directiva MiFID), relativa a normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes. De acuerdo con el artículo 19.3 de esta Directiva MiFID, *“se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre: los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas*

acentuada más si cabe por la presión de los medios de comunicación. De hecho, llega incluso a reivindicar que “la causa de las preferentes se está despachando mayoritariamente en España a costa de redistribuir renta de los contribuyentes, de los parados de las Cajas restructuradas o vendidas, de los depositantes, de quienes invirtieron en bonos convertibles por acciones (...). La causa social de los preferentistas puede ser socialmente injusta”. Analiza, con detalle, las exigencias de justicia social distributiva en el caso de las preferentes, destacando el hecho de que no todos los ahora reclamantes poseen el “perfil conservador” que dicen tener ante la Justicia para recuperar una inversión fallida. Para ello, realiza un análisis de los hechos probados de la cuantiosa jurisprudencia, entre los que destacamos el cumplimiento del “protocolo de contratación” que deben seguir las entidades de crédito en la emisión de las preferentes de nueva generación –las participaciones emitidas a partir de 2007–.

⁴⁶⁷ DOUE L núm. 145, de 30 de abril de 2004. Directiva transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 304, de 20 de Diciembre de 2007). Esta Ley también transpone disposiciones de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE L núm. 241, de 2 de septiembre de 2006) y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (DOCE L núm. 177, de 30 de junio de 2006).

Sobre la transposición, así como las novedades introducidas por la normativa MiFID en nuestro ordenamiento, véase, por todos, DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., “Transposición de MiFID en España”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 19, 2008, pp. 15-24.

acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares". Asimismo, las entidades de crédito están obligadas a realizar a los clientes unos test para valorar tanto la idoneidad del producto, así como el nivel de comprensión del cliente sobre el mismo. A buen seguro, haber proporcionado a los consumidores toda la documentación necesaria y haber llevado a cabo estos test de idoneidad hubieran evitado este colapso en el mercado.

Para evitar situaciones como ésta en el futuro, el legislador consideró que era el momento oportuno para regular un sistema de ayuda y protección del inversor minorista frente a esta clase de productos. Para ello promulgó el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito⁴⁶⁸, vigente hasta el 15 de noviembre de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito⁴⁶⁹. Entre las novedades de esta normativa destaca la restricción de la comercialización de participaciones preferentes⁴⁷⁰, con el fin de evitar otra venta masiva entre inversores minoristas, además de exigir mayor transparencia en la comercialización de productos complejos como éste.

⁴⁶⁸ BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2012.

⁴⁶⁹ BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012.

⁴⁷⁰ DE VIVERO DE PORRAS, C., "Capítulo 9. Comercialización a minoristas de participaciones preferentes, instrumento de deuda convertibles y financiaciones subordinadas computables como recursos propios", en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUAN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 378-379.

La venta de este producto híbrido ha dado lugar no solo a una crisis del sector⁴⁷¹, unido al desprestigio de las entidades que habían ofertado y vendido este producto, sino también a una oleada de reclamaciones y quejas contra dichas entidades. Asuntos que han sido, y continúan siendo, planteados por todas las vías posibles, tanto judiciales como extrajurisdiccionales.

Así, encontramos cuantiosa jurisprudencia sobre este peliagudo asunto⁴⁷², en general posicionada a favor de los clientes de las entidades

⁴⁷¹ “La crisis financiera ha puesto de manifiesto la importancia de resolver estos problemas. Los inversores minoristas han perdido dinero a raíz de inversiones cuyos riesgos no eran transparentes o no habían entendido. Además, los productos de inversión minorista, entre ellos los productos estructurados minoristas o los contratos de seguro con fines de inversión, se han vendido y se siguen vendiendo con frecuencia a los inversores minoristas como sustitutivos de productos simples, tales como cuentas de ahorro, aunque estos inversores no necesariamente entiendan las diferencias. Ello se inscribe en un contexto de absoluta pérdida de confianza de los inversores: una reciente encuesta entre los consumidores de toda la UE mostró que confían menos en los servicios financieros que en cualquier otro sector de actividad”. Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión. [COM (2012) 352 final].

Propuesta de Reglamento aplicable a todos los productos que se pueden ofrecer como alternativa a los depósitos a plazo, incluidas las participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y los denominados depósitos estructurados. No se aplica a los depósitos, seguros y fondos de pensiones. Asimismo, recoge un documento con los datos esenciales a elaborar por el fabricante del producto, en un formato estándar similar al que ya existe para los fondos de inversión. Debe tratarse de un documento breve, sin jergas ni tecnicismos.

⁴⁷² Para un análisis de este debate jurisprudencial, véanse, por todos, BLÁZQUEZ CRUCES, C., “Acumulación subjetiva de acciones en materia de preferentes”, *Noticias Jurídicas*, marzo 2014, artículo disponible en línea: <http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho-Procesal-Civil/201403-acumulacion-subjetiva-de-acciones-en-materia-de-preferentes.htm>, consultado el día 19 de mayo de 2014 y CABALLERO GARCÍA, F., “Capítulo 4. Doctrina jurisprudencial sobre las participaciones preferentes”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 147-187. El autor analiza la

por la probada falta de información relativa a este producto y la consecuente concurrencia de vicio en el consentimiento.

Resolver la cantidad de demandas judiciales sobre las participaciones preferentes ha supuesto un reto para la Administración de Justicia. Se ha procedido en numerosos procesos a una acumulación subjetiva de acciones –regulada en el Libro I, Título III, Capítulo I de la LEC–, en caso de demanda colectiva⁴⁷³. Ahora bien, esta posibilidad de acumular acciones no es una cuestión pacífica, más bien al contrario. Efectivamente, encontramos dos posturas jurisprudenciales claramente enfrentadas. Por un lado, tenemos la línea jurisprudencial que considera que estas demandas colectivas cumplen todos los requisitos legales para ser admitidas de forma acumulada. Por otro lado, aquella línea que estima que no es lícita ni ajustada a Derecho la acumulación subjetiva de acciones en materia de participaciones preferentes por cuanto no existe identidad de sujetos ni de acciones ejercitadas, por lo que no serían contradictorias las sentencias dictadas de forma individualizada.

Pero no solo jurisprudencia, sino también numerosas resoluciones de quejas y reclamaciones ante los servicios de resolución internos de este tipo de instrumentos de las entidades de crédito –Departamentos de

jurisprudencia destacada de las Audiencias Provinciales, de los años 2011 a 2013, siendo la mayoría del año 2012. Efectúa su análisis distinguiendo entre las circunstancias que los tribunales estudian y analizan para emitir su fallo. Entre otros aspectos que pudieran analizarse, como regla general los tribunales consideran aspectos tales como el perfil del contratante –conservador o arriesgado–, el cumplimiento del deber de información, la calificación jurídica del contrato, la existencia de vicios en el consentimiento y la existencia e idoneidad del test de idoneidad obligatorio.

⁴⁷³ DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Capítulo 10. Participaciones preferentes. Acción individual, acción colectiva y protección de intereses difusos”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUAN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 409-418.

atención al cliente y/o Defensor del Cliente– y externos como el Servicio de Reclamaciones de la CNMV⁴⁷⁴ –competente por tratarse de un producto financiero–. De hecho, llegaron incluso a colapsar este Servicio, lo que afectó negativamente al desarrollo eficaz del procedimiento, pues se vio desbordado por el aluvión de quejas sobre las preferentes, amén del incremento de reclamaciones vivido respecto del resto de asuntos, directamente relacionado con la coyuntura económica y social.

Sin embargo, estos no fueron los únicos cauces de solución de este conflicto, que ha afectado a centenares de miles de consumidores. El medio por el que se han resuelto la mayoría de las reclamaciones sobre este producto financiero ha sido el arbitraje.

Llama nuestra atención que, pudiendo resolver esta controversia – que aún hoy día sigue afectando a un gran colectivo de clientes bancarios–, a través de un arbitraje especializado como sería el arbitraje financiero, las partes hayan optado por acudir a un arbitraje de consumo, donde son resueltas controversias de cualquier índole siempre que sean planteadas por un consumidor final. Entendemos que se debe a la gratuidad del procedimiento, aunque, por otra parte, consideramos que instituciones arbitrales especializadas exclusivamente en asuntos bancarios o financieros hubieran sido más apropiadas. Argüimos la necesidad de unos

⁴⁷⁴ Las reclamaciones se centran en la disconformidad del cliente con la información facilitada por la entidad en el momento de la contratación del producto (muchos reclamantes creían contratar imposiciones a plazo o productos con total disponibilidad o liquidez sin pérdida del importe invertido) y, en menor medida, con la falta de diligencia de las entidades a la hora de atender las órdenes de venta de los inversores. Memoria 2012 sobre Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, p. 16. Documento disponible en la página web de la CNMV: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Memoria_reclamaciones.pdf, consultado el día 20 de mayo de 2014.

conocimientos técnicos y económicos especiales que deben ser, por otra parte, *conditio sine qua non* para ser investido como árbitro en este tipo de reclamaciones, pues de lo contrario, se estarían infravalorando las necesidades de los consumidores de servicios financieros.

En otras palabras, al igual que el arbitraje de consumo ha sufrido una sectorialización en materia de telecomunicaciones, podría también crearse otra sección específica para las cuestiones financieras y bancarias, con el objetivo de ofrecer un tratamiento adecuado y acorde con la complejidad y tecnicidad de la materia disponible sometida a arbitraje, tal y como sucede en este caso con las “participaciones preferentes”. De esta forma estaríamos garantizando la gratuidad del procedimiento pero con el valor añadido de la profesionalización y especialización de los árbitros.

a) Las participaciones preferentes: concepto y características

Antes de analizar el procedimiento arbitral seguido en la resolución de este caso, es necesario que establezcamos la noción y, sobre todo, las características, de este producto financiero, para poder entender mejor las vicisitudes que presenta.

Encontramos una definición propia del Banco de España, donde indica que las participaciones preferentes, llamadas también acciones preferentes cuando son emitidas por una entidad extranjera, “son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa

autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)⁴⁷⁵.

Si prestamos atención al contenido de esta definición, no somos capaces de entrever las dificultades prácticas que entraña este tipo de productos. *A priori*, se entiende que es un producto financiero no calificado de acción –de ahí la ausencia del derecho al voto–, ni presenta volatilidad puesto que ofrece una retribución fija, interpretada por muchos como rentabilidad superior a la obtenida con un depósito o imposición a plazo fijo. Este producto podría no parecernos peligroso pero, en la práctica, la falta de información sobre sus cualidades reales ha sido crucial.

La CNMV, por su parte, las define como “valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una entidad de crédito, suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Definición contenida en el glosario virtual del Banco de España, disponible en: <http://www.bde.es/clientebanca/glosario/p/participaciones.htm>, consultada el día 15 de mayo de 2014.

⁴⁷⁶ Definición disponible en la Oficina Virtual del Inversor: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf, consultado el día 15 de mayo de 2014.

Estas nociones engloban las disposiciones legales contenidas en la Ley 19/2003, de 4 de julio, *sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior*⁴⁷⁷, (en adelante, Ley 19/2003), que incluyó la Disposición Adicional segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, *de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros*⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ BOE núm. 160, de 5 de julio de 2003.

⁴⁷⁸ BOE de 28 de mayo de 1985. Última revisión vigente desde el 30 de junio de 2014.

Para entender que estamos ante la venta de participaciones preferentes esta Disposición establece el deber de ***“a) Ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes. b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. c) Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien: i) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo. ii) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto. En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable. La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas*”**

Las participaciones preferentes⁴⁷⁹ son, pues, un tipo de producto que queda encuadrado dentro de los “recursos propios” de la entidad de crédito, junto con las acciones ordinarias y las cuotas participativas. Puede ser calificada como deuda híbrida de capital, constituyendo una forma de financiación de carácter permanente pero subordinada.

Con anterioridad a esta Ley 19/2003, este tipo de productos encontraba su base jurídica en las normas mercantiles de otros ordenamientos jurídicos, normalmente centros *offshore*, donde las conocidas como *preference* o *preferred shares* eran emitidas por filiales instrumentales creadas con esa única finalidad, servir de financiación a la matriz del grupo –propietaria de las acciones ordinarias de la filial–⁴⁸⁰.

Sin embargo, la nueva regulación adolece de incorrecciones que creemos oportuno mencionar. Especialmente confusa encontramos la

participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz. d) No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión. e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. f) Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. g) Cotizar en mercados secundarios organizados [...]. (Énfasis añadido).

⁴⁷⁹ Para una visión completa y detallada de este producto híbrido, así como de sus repercusiones sobre los inversores, véanse, por todos, VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S., “Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe”, *Análisis Financiero*, núm. 120, 2012, pp. 6-17; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005 y ALONSO GONZÁLEZ, P., “Las participaciones preferentes en España”, *Actualidad Financiera*, vol. 6, núm. 7, pp. 19-31.

⁴⁸⁰ VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S., “Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe”, *op. cit.*, p. 9.

denominación como participaciones preferentes. Ello porque no son “participaciones” ni tampoco “preferentes”. Pasamos a explicar esta consideración.

En primer lugar, la propia CNMV indica que estos valores emitidos “no confieren participación ni derecho al voto”. En otras palabras, no son “participaciones” en el sentido estricto de la palabra, pues no otorgan derechos políticos, entendidos éstos como el derecho de asistencia y de voto en las Juntas Generales de Accionistas de la entidad emisora de estos títulos.

En segundo lugar, no son “preferentes”. Su derecho de prelación solamente es mejor que el correspondiente a las acciones ordinarias, situándose, en caso de declaración de concurso de la entidad emisora, por detrás de los acreedores comunes y también de los subordinados, siendo por tanto los penúltimos de la cola en cobrar.

Por otro lado, a pesar de la confusión que pudiera acarrear la propia denominación, de las definiciones expuestas se pueden extraer las características principales⁴⁸¹ de este producto financiero, a saber:

- No otorgan derechos políticos a los inversores ni tampoco derechos de prelación ventajosos.
- Ofrecen una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios de la entidad emisora de las participaciones y sin carácter acumulativo.

⁴⁸¹ RAYÓN BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A., “¿Se puede recobrar el capital invertido en participaciones preferentes?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLVI, 2013, pp. 85-88.

- Carácter perpetuo, esto es, sin vencimiento. Aunque el plazo es ilimitado, el emisor se ha reservado el derecho a amortizarlas siempre que concurra la autorización del Banco de España y respetando el requisito de solvencia o suficiencia de los recursos propios. Esto en la práctica implica la pérdida del control por parte del inversor del momento en el que recuperará los fondos invertidos.
- Su liquidez en el mercado secundario⁴⁸² es muy escasa. La relación rentabilidad-coste es elevada por cuanto los beneficios que podrían obtenerse de la comercialización en el mercado secundario podrían no ser suficientes para cubrir la inversión total realizada.

En consecuencia, dadas las características de las participaciones preferentes –perpetuidad, amortizables a voluntad del emisor y estatus por detrás de la deuda subordinada en la prelación de créditos–, constituyen un instrumento poco atractivo para los inversores minoristas, pero sobre todo de muy difícil valoración⁴⁸³. Estas dificultades han supuesto que la mayoría de los adquirentes no fuera plenamente consciente de la naturaleza de estas participaciones.

⁴⁸² La mayor parte de las participaciones preferentes cotizan en AIAF (Asociación de Intermediarios de Activos Financieros), mercado secundario oficial. Lo que ocurre es que el segmento de AIAF carece de liquidez, cruzando muy pocas operaciones. AIAF es el mercado español de referencia para la Deuda Corporativa o renta fija privada. “*Las características del mercado AIAF, donde cotizan, hacen que la ejecución de las órdenes no sea automática, sino que se requiere de la existencia de una contrapartida adecuada en el mercado. Es decir, el hecho de que una emisión esté admitida a cotización no implica que exista negociación*”. Memoria 2011 sobre Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, p. 7. Documento disponible en: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Memoria2011_web.pdf, consultado el día 20 de mayo de 2014.

⁴⁸³ En el mismo sentido, BLANCO MARCILLA, E., *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, Monografía núm. 24, CNMV, Madrid, 2009, p. 49.

b) Procedimiento arbitral

Debemos plantearnos las razones por las que resulta preferible acudir al arbitraje y no al juez competente. Pues bien, ante esta tesitura, en general se optó por acudir a vías menos lesivas y agresivas que la judicial. Por ello se contemplaron vías alternativas⁴⁸⁴, entre ellas el arbitraje. Ahora bien, la envergadura del problema llevó a que Gobierno y oposición tuvieran que asumir decisiones políticas a finales de enero y principios de febrero de 2013, alcanzando un acuerdo que consistía en el establecimiento de procedimientos arbitrales en las entidades de crédito nacionalizadas. Esto es claramente el reflejo del movimiento en defensa y protección de los consumidores, así como de la voluntad de los legisladores y mandatarios de buscar soluciones eficaces y ágiles frente a problemas que, como éste, afectan de forma especial a un gran colectivo de consumidores.

No obstante, no todo son luces en este proceso, pues también encontramos algunas sombras. En primer lugar, nótese que no todas las

⁴⁸⁴ ZUNZUNEGUI aborda las medidas preventivas llevadas a cabo para la protección del ahorrador en materia de participaciones preferentes. Para ello analiza las experiencias de otros países como Reino Unido, Bélgica, Italia, Hong Kong y Canadá. Posteriormente centra su estudio en la implantación de medidas preventivas y paliativas para que no vuelva a suceder una crisis semejante en el futuro y para corregir las consecuencias actuales. Destacamos que todas las medidas preventivas giran en torno a una mayor transparencia en la comercialización de estos productos, así como a un diseño más sencillo y comprensible por el público menos entendido. Las medidas paliativas aluden a los mecanismos puestos a disposición de los afectados encargados de tutelar sus derechos e intereses económicos, pero fuera del ámbito judicial. Esto es, considera que el arbitraje es una vía viable de solución de conflictos, así como el “gestor natural de las reclamaciones” de la CNMV, donde expertos en la materia resuelven, argumentando jurídicamente, las quejas y reclamaciones planteadas por los suscriptores de preferentes.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, abril-junio 2013, pp. 253-267.

entidades de crédito quedan sujetas a este acuerdo, ya que solo lo hacen las que están nacionalizadas –NovaGalicia Banco, Catalunya Caixa y Bankia–. Es cuanto menos incomprensible como, sabiendo que el arbitraje es un procedimiento voluntario y una vía de tutela del consumidor, estos Bancos hayan decidido –unilateralmente– designar una consultora externa, que tiene un coste, para decidir en qué casos se han colocado las preferentes de forma inadecuada y, por tanto, quiénes tienen derecho a la vía arbitral cuando se trata de entidades que ahora están controladas por el Estado⁴⁸⁵. En concreto, NovaGalicia Banco ha elegido a PWC (*PricewaterhouseCoopers International Limited*), Catalunya Caixa a Ernst&Young y Bankia a KMPG.

Pero, ¿dónde está la igualdad de partes? ¿Y la imparcialidad e independencia? En realidad creemos que no ha existido un auténtico arbitraje y que, por tanto, no se han respetado las garantías mínimas del procedimiento para garantizar una verdadera tutela. No alcanzamos a entender qué papel han desempeñado estas consultoras –cuyos costes han sido sufragados por los propios bancos afectados– aparte de limitar y restringir las reclamaciones de arbitraje a aquellas de menor cuantía o más escandalosas sin más ánimo que proteger la reputación de las entidades de crédito emisoras. También desconocemos si la elección y designación de tales consultoras ha sido objetiva o discrecional, pues las entidades de

⁴⁸⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO, “Estudio sobre participaciones preferentes”, p. 26. Documento disponible en: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Preferentes.pdf, consultado el día 20 de mayo de 2005.

Este Informe o Estudio del Defensor del Pueblo recoge el análisis de las características de las participaciones preferentes y su regulación, así como las actuaciones llevadas a cabo no solo por la propia Institución –recomendaciones y comunicaciones a la CNMV, al Secretario de Estado de Economía–, así como del Banco de España y la CNMV.

crédito, en cumplimiento del deber legal de transparencia, deberían haber hecho públicos sus criterios de selección. Desde asociaciones de consumidores y usuarios se viene considerando que las actuaciones de las consultoras están subordinadas a las instrucciones, aun cuando sean veladas, de las entidades de crédito que las han contratado, no respetándose, por ello, la independencia e imparcialidad debidas.

En segundo lugar, en cumplimiento del acuerdo político, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo, *de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero*⁴⁸⁶, por el que se crea la Comisión de Seguimiento que elaborará los criterios para designar a los beneficiarios que podrán acceder a los arbitrajes de las entidades nacionalizadas. Esta Comisión está integrada por la CNMV, el Banco de España, los representantes de otros organismos públicos y el Consejo de Consumidores y Usuarios⁴⁸⁷. Asimismo está diseñada para ejercer funciones de control y seguimiento de los procedimientos arbitrales llevados a cabo, así como la fijación y supervisión de los criterios de

⁴⁸⁶ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2013.

⁴⁸⁷ Concretamente, el cuarto apartado del artículo primero señala que “*La Comisión estará integrada por los siguientes miembros:*

a) La Presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, quien presidirá la Comisión.

b) El Subgobernador del Banco de España, en calidad de Vicepresidente.

c) La Secretaria General de Sanidad y Consumo, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

d) El Secretario General del Tesoro y Política Financiera, del Ministerio de Economía y Competitividad.

e) La Presidenta del Consejo de Consumidores y Usuarios”.

carácter objetivo⁴⁸⁸ y de perfil del inversor utilizados en el proceso de filtro de solicitudes de forma que se determine si el inversor tiene derecho a presentar una reclamación. Además, está encargado de analizar el problema de la comercialización inadecuada de instrumentos que, como las participaciones preferentes, son complejos y de alto riesgo. Ahora bien, a pesar de la buena voluntad para otorgar una tutela efectiva a los consumidores, esta especie de “filtrado previo” de los preferentistas continúa quedando en poder de las consultoras privadas, por lo que esta iniciativa “resulta insuficiente”⁴⁸⁹.

A continuación pasamos a comentar cómo es, a grandes rasgos y de forma esquemática, el procedimiento seguido en caso de solicitar la sumisión a arbitraje de consumo en este peliagudo asunto ante la entidad de crédito contra la que se reclama⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Algunos criterios objetivos propuestos versan sobre la falta de entrega de documentación relevante o incluso la entrega de dicha documentación pero con irregularidades entre las que destacan la falta de firma y la firma de un menor, entre otras.

⁴⁸⁹ ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista”, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁹⁰ Dado que estamos en un sector caracterizado por la contratación en masa y con condiciones no negociadas individualmente, el número de afectados por el contrato es elevado. De esta forma, es posible plantear un arbitraje colectivo, donde un colectivo de usuarios individualmente presentan sus solicitudes de arbitraje pero todas ellas son tratadas en un único procedimiento, esto es, se permite la acumulación de procedimientos individuales *ex* artículo 56 del RDAC. Sobre este arbitraje, véanse, por todos, GONZÁLEZ MONTES, J. L., “El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)”, en AA.VV., *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, coord. por GARRIDO CARRILLO, F. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 95-98 y DOMÍNGUEZ PLATA, J., “El ARBITRAJE COLECTIVO”, en AA.VV., *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, coord. por GARRIDO CARRILLO, F. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 154-162.

De un lado, si la entidad de crédito rechaza la solicitud de arbitraje, el usuario de servicios financieros podrá reclamar por todas las vías que estime oportunas, siendo beneficioso que agote la vía extrajudicial antes de acudir a la vía judicial.

De otro lado, en caso de que la entidad de crédito en cuestión acepte la solicitud de arbitraje, enviará una carta a la oficina de consumo que contenga una propuesta de devolución del dinero y el compromiso de las partes de aceptar el laudo arbitral. Esta carta está, lógicamente, firmada por la entidad de crédito, pero es requisito indispensable para continuar el procedimiento la firma del cliente que, por otra parte, goza de plena libertad para aceptarla o rechazarla. Al igual que sucedía con la solicitud de sumisión a arbitraje, aquí si el cliente rechaza la carta con la propuesta, no queda vinculado a ser parte en el arbitraje, pues éste ni siquiera se había iniciado, pudiendo por tanto acudir a la vía judicial o a otras técnicas ADR.

En caso contrario, esto es, si el titular de las participaciones preferentes firma la carta, acepta el compromiso arbitral, debiendo acatar el laudo, que puede ser tanto favorable como desfavorable a sus pretensiones, siéndole devuelto el dinero⁴⁹¹ o no cobrando cantidad alguna

⁴⁹¹ Hay una cuestión que, aunque exceda de nuestro objeto de estudio, creemos importante comentar. Hablamos de la declaración a Hacienda del dinero devuelto o ganado con el canje de las acciones. A día de hoy, desde la Agencia Tributaria no se han fijado ni determinado unos porcentajes uniformes que deben pagar los consumidores afectados como pérdida o ganancia. Aunque en la propia Ley está contemplado el régimen tributario, encontramos una laguna en cuanto a las circunstancias en las que se están resolviendo las demandas y reclamaciones de los consumidores, no existiendo aún criterios comunes y uniformes, de forma que no se produzcan desigualdades ni desequilibrios. En efecto, aquellos consumidores que aceptaron el canje –asumiendo además una quita del 70%– deben declarar como rendimiento de capital mobiliario negativo la diferencia entre la inversión inicial y la cuantía resultante de la suma de los

de su inversión, respectivamente. Recuérdese, además, que el laudo es vinculante y posee efectos de cosa juzgada, lo que impide presentar ulteriores reclamaciones al respecto, ni por la vía judicial ni tampoco por otros cauces extrajudiciales.

El desarrollo de este procedimiento arbitral no dista de los demás arbitrajes de consumo, con la salvedad de los criterios de acceso que limitan el número de ahorradores preferentistas que pueden beneficiarse de este medio de tutela extrajudicial. Se aboga, frente a ello, por un arbitraje universal, tanto para aquellas entidades que no han sido nacionalizadas como para los inversores, pues el acceso a la Justicia debe ser universal –recordemos que las ADR nacieron en el marco de este movimiento–. Lo contrario supondría entorpecer el desarrollo de un arbitraje con todas sus garantías.

intereses recibidos y de las acciones canjeadas. Pero el caso de Bankia es distinto, debiendo los afectados declarar por lo recuperado tras el laudo arbitral. Ahora bien, aquellos que optaron por la vía jurisdiccional y ganaron el juicio, deben devolver los intereses percibidos y las acciones recibidas en el canje, pero no se ha especificado qué cuantía debe ser declarada. Esta situación agrava más la incertidumbre, la confusión y la inseguridad jurídica, pues deberían establecerse los parámetros a seguir en todo caso al tratarse del mismo producto financiero ofrecido.

Periódico Cinco Días del día 11 de mayo de 2014, disponible en línea en: http://cincodias.com/cincodias/2014/05/09/mercados/1399659599_840486.html, consultado el día 15 de mayo de 2014.

Véase también, por todos, RUIZ SOLANES, L. A., “Capítulo 6. Tributación de las participaciones preferentes en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 258-262.

2.5.3. Otros métodos

Además de los métodos anteriores, que podríamos decir son los tradicionales, han ido proliferando otros, algunos de los cuales presumen de cierto éxito en otros países como por ejemplo EE.UU., aunque en España sean menos utilizados o, incluso, desconocidos por la generalidad del público. Ahora bien, no por ello debemos entender que son ineficientes en su objetivo de solucionar el litigio en él planteado.

Así, encontramos a nuestra disposición técnicas o métodos ADR⁴⁹² igualmente eficaces tales como las *Settlement conferences*, la Determinación por experto neutral (*Neutral Expert Fact-finding*), el mini juicio (*Mini-Trial*), los denominados “Consejos de solución de controversias” (*Dispute Boards*)⁴⁹³, el Juicio privado (*Rent a judge*), el Juicio sumario ante jurado (*Summary Jury Trial*), la Evaluación Neutral Temprana (*Early Neutral Evaluation*), la transacción y las cláusulas

⁴⁹² Sobre estos métodos ADR en general, véanse, por todos, MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el Comercio Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013, pp. 408-427; FIADJOE, A., *Alternative Dispute Resolution: a Developing World Perspective*, Cavendish Publishing Ltd., Reino Unido, 2004, pp. 20-26 y ESTAVILLO CASTRO, F., “Mecanismos alternativos de solución de controversias”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, pp. 373-406.

⁴⁹³ Normalmente asociados al sector de la construcción internacional. Los Comités suelen estar integrados por tres miembros, constituidos durante la fase de negociación del contrato y su función consiste en resolver los litigios que surjan durante la fase de ejecución de las obras, como por ejemplo aquellos relacionados con la interpretación de cláusulas contractuales, pagos, etc. Sobre este tipo de técnica ADR, véase, por todos, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, en AA.VV., *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI*, Tomo II: Arbitraje y Resolución Extrajudicial de conflictos, ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 218-220.

escalonadas, entre otros⁴⁹⁴. No obstante, aquí también tendría cabida una figura o cauce de solución de controversias, el *Ombudsman*, que merece un especial tratamiento por su dedicación a la resolución de disputas entre los ciudadanos y la Administración Pública, así como su obligación de atender las reclamaciones y quejas de los consumidores por los servicios prestados por corporaciones o empresas de naturaleza jurídico-privada.

Dedicaremos las siguientes páginas a exponer brevemente los mecanismos más destacables, analizando cuál es el procedimiento que siguen en la búsqueda de una solución al litigio planteado y tratando la figura del Ombudsman de forma separada y con mayor profundidad en un Capítulo posterior.

i. Settlement conferences

Como ejemplo de técnica ADR distinta a las anteriores, encontramos la llamada *Settlement conferences*, procedimiento que consiste básicamente en que un juez –incluyendo aquellos que ya no estén en la carrera judicial, por ejemplo, por estar jubilados– insta a los abogados de las partes a consensuar en una sala.

Oídos los hechos, las pretensiones y las pruebas que cada abogado presentará en el juicio, el juez encargado de esta *Settlement conference* discutirá con ellos los puntos fuertes y muy especialmente los débiles de tales argumentaciones.

⁴⁹⁴ GREENSPAN, A. L., *Handbook of Alternative Dispute Resolution*, State Bar Of Texas Standing Committee On Alternative Methods Of Dispute Resolution, 1990, pp. 17-18. Se incluye una tabla comparativa de estos métodos en función de los roles que desempeñan los sujetos intervinientes, el tipo de procedimiento y los costes.

El objetivo de esta especie de conciliación es lograr que las partes (o a través de sus abogados) alcancen un acuerdo antes de que comience el juicio, siendo, en condiciones normales, de menor duración que una mediación.

ii. Early Neutral Evaluation

Otro método interesante es el denominado *Early neutral evaluation*, que tiene lugar en la fase de instrucción, lo que implica la existencia de un proceso abierto, y en cuyo desarrollo participa un experto imparcial llamado *neutral*.

El papel de este *neutral* consiste en la evaluación del caso conjuntamente con los abogados de las partes, con la única finalidad de ayudar y guiar en la búsqueda de puntos comunes que faciliten un acuerdo.

Se trata, por tanto, de un procedimiento de carácter informal en donde las recomendaciones emitidas por ese tercero no son vinculantes pero sí influyentes en la decisión final que tomarán las partes.

iii. Neutral Fact-Finding

En la misma línea encontramos la técnica conocida como *Neutral Fact-Finding*, que presenta similitudes con el procedimiento anterior. Aquí también interviene un experto imparcial, pero en este caso se trata de un investigador encargado de llevar a cabo una investigación independiente sobre la causa del desacuerdo. Para ello entrevistará a ambas partes y recopilará información adicional, para después presentar

sus conclusiones y posibles soluciones. Al igual que en la *Early neutral evaluation*, las recomendaciones emitidas por este investigador independiente carecen de carácter vinculante, pero son incorporadas en las negociaciones entre las partes y sus abogados.

iv. Med-Arb

En el apartado anterior hemos analizado las técnicas de la mediación y del arbitraje, distinguiéndose fundamentalmente por el papel que desempeña el tercero neutral, esto es, si actúa *inter partes*, en cuyo caso estamos en una mediación, o *supra partes*, estando por tanto en un arbitraje.

Estas dos técnicas celebradas *out-of-court* han ido adquiriendo una especial relevancia en la resolución de litigios de cualquier índole, aunque las nuevas necesidades derivadas de las relaciones jurídicas actuales han propiciado el desarrollo de técnicas híbridas o mixtas que combinan la mediación y el arbitraje en un único procedimiento.

Hablamos del método denominado “Med-Arb” o su inverso “Arb-Med”, en función de la técnica iniciada en primer lugar⁴⁹⁵. Ahora bien, la utilización de *Med-Arb* ha despertado un notable interés, y cada vez es más frecuente la inclusión de cláusulas escalonadas *Med-Arb* en los

⁴⁹⁵ WEISMAN, M. C., “Med-Arb: The Best of Both Worlds”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 19, núm. 3, 2013, pp. 40-41; PAPPAS, B. A., “Med-Arb: The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True, a Response to Weisman”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 19, núm. 3, 2013, pp. 42-44, SUSSMAN, E., “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 71-73 y PHILLIPS, G. F., “Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold?”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 60, núm. 2, 2005, pp. 24-30.

contratos mercantiles. En efecto, estamos ante un mecanismo que va ganando terreno a otros como la conciliación al brindar la oportunidad de resolver la discrepancia no mediante una técnica, sino a través de dos, antes de acudir a la vía judicial ante la falta de acuerdo, para que sea el órgano jurisdiccional quien emita el correspondiente pronunciamiento.

En este punto la pregunta que nos debemos plantear es si estamos ante una técnica con un procedimiento específico en donde quedan intercalados aspectos de la mediación y del arbitraje o si, por el contrario, se trata de un procedimiento que implica la realización de una mediación y, en su caso, de un arbitraje posterior. Pues bien, la técnica *Med-Arb* supone la combinación de ambos procedimientos en uno solo, pero de forma sucesiva, no simultánea, de ahí su denominación como cláusula escalonada. En primer lugar, las partes someterán su discrepancia a mediación, en donde el mediador –designado de mutuo acuerdo– guía a las mismas hacia el consenso. En caso de que éste se produjera, el procedimiento *Med-Arb* se daría por finalizado. En caso contrario, en lugar de acudir a los órganos jurisdiccionales, las partes procederán a someter su disputa a arbitraje, emitiéndose el correspondiente laudo, que deberá ser acatado por ambas debido a su naturaleza vinculante.

Al respecto de los sujetos intervinientes, surge una duda vital por las posibles repercusiones en la decisión final y en el desarrollo del propio procedimiento. La pregunta refiere de si el tercero neutral que actúa como mediador puede quedar investido como árbitro. La regulación de este aspecto deviene fundamental para salvaguardar un procedimiento con todas las garantías, especialmente teniendo en cuenta que uno de los principios de estos procedimientos extrajudiciales es la confidencialidad, que afecta a todos los intervinientes, incluyendo por

tanto al tercero neutral e independiente. Así pues, este tercero queda compelido a guardar silencio, a no revelar ni desvelar todo cuanto se hubiera afirmado o negociado por las partes.

Pues bien, hasta la reforma operada en 2011⁴⁹⁶, esta figura venía configurada de forma tal que quien actuara como mediador podía actuar también como árbitro en caso de que la mediación fracasare total o parcialmente, respondiendo a razones de economía procesal. Resulta cuanto menos criticable esta concepción, puesto que si el mediador, conocedor de todos los entresijos del caso, es posteriormente designado árbitro, su independencia e imparcialidad entendemos quedaría en entredicho, a la par que quedarían mermadas las demás garantías del procedimiento arbitral⁴⁹⁷. Pero, en la normativa vigente, el arbitraje debe ser conducido por una persona distinta de aquélla que actuó como mediador, salvo que las partes digan lo contrario⁴⁹⁸.

v. Mini-Trial

Esta técnica o vía de solución de conflictos es característica de los ordenamientos jurídicos anglosajones, con especial importancia en

⁴⁹⁶ Por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado [B.O.E. núm. 121, de 21 de mayo de 2011], que añade un nuevo apartado 4 al artículo 17 de la Ley de Arbitraje.

⁴⁹⁷ En la misma línea, LOZANO CORREA, L., “¿Puede un Med/Arb actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, año 5, núm. 10, 2012, pp. 50-54. Para un análisis completo de esta cuestión, véase, por todos, BLANKLEY, K. M., “Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case”, *Baylor Law Review*, vol. 63, núm. 2, 2011, pp. 317-367.

⁴⁹⁸ El artículo 17.4 indica “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas*”.

EE.UU.⁴⁹⁹, no así en nuestro ordenamiento. Estamos ante una técnica que dista de las anteriores (mediación, arbitraje, conciliación...) en cuanto a su concepción, si bien comparte con ellas los requisitos y características típicas de las ADR como vía de tutela extrajudicial.

El *Mini-Trial* se traduciría en español como “Mini-Juicio”, siendo ésta una denominación que entendemos podría ser un tanto confusa *a priori* al contener el vocablo “juicio”, pues podría pensarse que se trata de una especie de juicio abreviado o incluso de un juicio ordinario pero menos formalista y riguroso. Sin embargo, no estamos ante un medio de tutela judicial sino extrajudicial, en donde se otorga mayor valor e importancia a la implicación de los sujetos enfrentados, normalmente empresas que tratan de resolver sus disputas legales evitando incurrir en gastos derivados de las tasas judiciales.

Ahora bien, aun tratándose de técnica ADR, la elección de esta denominación de “Mini-Juicio” no es arbitraria, sino que deja entrever que el procedimiento diverge un poco respecto de las técnicas más tradicionales como la mediación o la conciliación. Así pues, el *Mini-Trial* consiste en un procedimiento privado y consensual. Precisamente, son las partes quienes acuerdan los elementos reguladores de su funcionamiento, esto es, los plazos, los costes derivados del mismo y las facultades de las partes que intervienen, entre otros aspectos.

⁴⁹⁹ Es de tal importancia que la *American Arbitration Association* ha elaborado un protocolo de actuación y de los pasos a realizar para llevar a cabo un *Mini-Trial*, denominado “Mini-Trial: Involving Senior Management

Practical Guidelines and Steps for Getting Started”. Este documento está disponible en línea: https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_003831, consultado el día 8 de junio de 2014.

De lo que se trata es de resolver la disputa a través de un juicio simulado, convirtiéndose por ello en un mecanismo estructurado, para lo cual debe quedar configurado un panel o tribunal. Este panel estará integrado por altos ejecutivos de las partes enfrentadas y presidido por un tercero neutral, llamado *neutral advisor*.

Conformado el panel, el siguiente paso consiste en la celebración de una “especie” de audiencia informal en donde se procede a la presentación del caso por cada una de las partes, acompañadas por sus abogados. Estas exposiciones son similares a las realizadas en los juicios, puesto que las partes deben exponer su versión de los hechos y su argumentación jurídica sobre el caso, aportando incluso las pruebas necesarias y que obran en su poder. Oídas las partes y analizadas las pruebas aportadas, el tercero neutral instará a las partes a que alcancen un acuerdo pero, en caso de que las negociaciones entre los representantes de las partes fracasen, el tercero neutral puede emitir una opinión o decisión sobre la controversia –previa solicitud de las partes–, que carecerá de carácter vinculante pero que, y he aquí lo característico de este procedimiento, será reflejo del posible pronunciamiento del órgano judicial en caso de que las partes decidiesen acudir a la vía judicial.

vi. Summary Jury Trial

Por último, destacamos, por su similar funcionamiento con el *Mini-Trial*, el *Summary Jury Trial*⁵⁰⁰, (en español, Juicio Sumario ante Jurado).

⁵⁰⁰ WOODLEY, A. E., “Saving the Summary Jury Trial: A Proposal to Halt the Flow of Litigation and End the Uncertainties”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1995, issue 2, article 1, pp. 221-223 y POSNER, R. A., “The Summary Jury Trial and Other Methods of

Como ocurría en el *Mini-Trial*, esta técnica ADR consiste en la exposición del caso, presentación de las respectivas alegaciones y práctica de la prueba a cargo de las partes, normalmente asistidas por sus abogados. Pero aquí ya no se realizará ante un panel o tribunal, sino ante un Jurado que emitirá un veredicto, oídas las argumentaciones jurídicas. Este pronunciamiento también carece de carácter vinculante, dado que su función radica en que las partes comprueben la eventual decisión de un verdadero jurado en caso de celebrarse el juicio.

vii. Ombudsman

Se trata de un sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos de los ciudadanos, normalmente asociado a la protección de los derechos humanos, pues actúa como un representante del ciudadano o un Defensor del Pueblo. Se trata, pues, de una vía de tutela, muy eficaz y respetada, en especial en los ordenamientos anglosajones, que también constituye una alternativa a la vía judicial, aunque igualmente válida.

Técnica *sui generis* que resulta atractiva por su flexibilidad, la accesoriabilidad y los menores costes económicos, pues generalmente es gratuito para los ciudadanos. Destaca, como ventaja que además aporta valor añadido, la función de prevención. En determinados sectores puede resultar idónea no solo para resolver la controversia sino también para salvaguardar los intereses –individuales o colectivos– de los ciudadanos que a ella someten sus disputas.

Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, núm. 2, 1986, pp. 366-393.

En principio el *Ombudsman* fue configurado como un defensor independiente cuya función era controlar las actuaciones de las Administración Pública para evitar agresiones a los ciudadanos. Pero actualmente encontramos instituciones del *Ombudsman* en diferentes sectores de la sociedad, pero sin que esta expansión y evolución –lógica dada la sociedad cambiante en la que vivimos– haya sustituido su razón de ser: erigirse como un tercero imparcial y protector de los derechos e intereses de los ciudadanos como individuos y como colectivo.

Llama la atención su aceptación y acogida como vía de tutela. Vía que, por otro lado, “va de la mano” de otro mecanismo alternativo, conocido como “procedimiento de reclamaciones”, en su inicio creado en el ámbito de la publicidad. Esta técnica consiste en resolver las quejas y reclamaciones planteadas por los consumidores contra los medios de comunicación –televisión, radio, prensa, entre otros–.

La curiosidad que presenta el *Ombudsman* y que, a nuestro parecer, lo hace especial, es la utilización de las dos técnicas autocompositivas por excelencia, la mediación y la conciliación. Incluso hay países donde este *Ombudsman* es designado bajo el nombre de “mediador”, tal y como ocurre en el sistema francés (*Médiateur*). Es así como este tercero imparcial resuelve las quejas sometidas a su conocimiento.

Este medio de solución de controversias a través de una institución como el *Ombudsman* que resuelve las quejas y reclamaciones de los consumidores está muy en boga en el sistema bancario.

2.5.4. *Aplicación de estas técnicas a la (re)solución del conflicto bancario*

Las técnicas ADR son muy útiles y prácticas en la resolución de cualquier tipo de conflicto, pues su flexibilidad permite y facilita su adaptación a las circunstancias concretas del caso.

Como hemos comprobado, no cabe discriminar *a priori* ninguna de estas técnicas solo por su condición de autocompositiva o heterocompositiva, pues mecanismos como la negociación son empleados todos los días en la solución de conflictos menores con los clientes. Asimismo, en ocasiones se recurre a la conciliación (informal) y, para demandas colectivas, la técnica elegida ha sido el arbitraje.

Finalmente, hemos explicado otros métodos muy populares en países anglosajones, algunos de los cuales –*Med-Arb*– están alcanzando protagonismo en conflictos de índole sectorial tales como los intrasocietarios. Otros, en cambio, son menos conocidos y más cuestionados pero, a pesar de ello, creemos juegan un importante papel en la resolución de los conflictos bancarios. Hablamos del *Ombudsman* o Defensor del Cliente, figura que procedemos a estudiar y analizar en profundidad por el interés que ha despertado especialmente desde que se inició la crisis y el enorme papel que ha desempeñado.

CAPÍTULO TERCERO. LA FIGURA DEL OMBUDSMAN BANCARIO

En este Capítulo estudiaremos otro sistema alternativo de resolución de conflictos, diferente a los clásicos ADR pero que participa en parte de algunas técnicas de mediación-conciliación y que, en un momento como el actual en el que la coyuntura socio-económica ha marcado las vidas de los ciudadanos, está adquiriendo una especial relevancia, sobre todo en sectores complejos a la par que vitales de la sociedad como el sector del crédito.

Nos referimos a la institución del *Ombudsman* o Defensor del Cliente (en adelante utilizaremos indistintamente ambas denominaciones). En nuestro estudio trataremos, en primer lugar, de dónde proviene esta figura, así como los objetivos que rigen su actuación. Proseguiremos detallando su evolución hasta nuestros días pero muy especialmente su adaptación a los sectores privados para comprender mejor cómo se forjó el *Ombudsman* de los servicios financieros y bancarios, tal y como está constituido hoy día, haciendo también hincapié en las cualidades exigidas para poder acceder a un cargo de tal responsabilidad, pues en sus manos recae el conocimiento de las reclamaciones de los usuarios de servicios bancarios que han visto afectados sus intereses económicos, cuestión nada baladí. Posteriormente, analizaremos e identificaremos quiénes quedan legitimados para acceder a los servicios del *Ombudsman*, los instrumentos planteables y, por supuesto, los principios generales y específicos que deben gobernar todo procedimiento de resolución de conflictos llevado a cabo en esta sede. Finalmente, estudiaremos su competencia territorial, tratando los mecanismos disponibles para la resolución de los litigios transfronterizos.

I. LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN: ORIGEN Y FINALIDAD

Para comprender mejor la institución de este Defensor del Cliente debemos remontarnos al pasado, pues su antecedente es la célebre figura del *Ombudsman*. Ahora bien, aun cuando las referencias a esta figura son recientes, no podemos caer en el error de pensar que se trata de un fenómeno novedoso. Más bien al contrario, su origen se remonta al siglo XIX, hace más de 200 años.

Precisamente, el *Ombudsman*, traducido en 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 judicial⁵⁰¹. La expresión completa, en su idioma original, es *Justitie Ombudsman*⁵⁰²,

⁵⁰¹ KUCSKO-STADLMAYER, G., *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008, p. 1; MARRINAN QUINN, P., “Why an ombudsman?”, *Arbitration*, vol. 65, núm. 1, 1999, pp. 66-71; MARSHALL, M. y REIF, L., “The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution”, *Alberto Law Review*, 1995, núm. 34, pp. 215-220; JEFFERIES, R., “Alternative dispute resolution and the ombudsman”, *Arbitration*, vol. 62, núm. 1, 1996, pp. 67-69 y VENEGAS ÁLVAREZ, S., *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, núm. 117, (Universidad Nacional Autónoma de México), México, 1988, pp. 15-32.

⁵⁰² Respecto del significado etimológico de la palabra, *Ombudsman* significa “representante” (*umbodhsmadhr*) o “comisionado confiable” o “agente que cuida los intereses de un grupo o de un negocio” o “alguien que habla en nombre de otros”. Para mayor información sobre el origen etimológico de la palabra y su significado, véanse, la web oficial del Defensor del Pueblo en España: <http://defensorpueblo.blogspot.ch/2007/08/la-significacin-etimologica-del.html>, consultada el día 14 de abril de 2014, MARIMÓN DURÁ, R., “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV., *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dir. por CUÑAT EDO, V., Consejo General del Poder

en español, “Comisionado de Justicia”. La razón de ser de este *Ombudsman* en el país nórdico no era sino intervenir contra el creciente poder y extensión del radio de actuación de la Administración Pública, que alcanzaba todos los ámbitos vitales de la sociedad, ejerciendo su control sobre aspectos económicos, sociales, culturales y, como no, políticos. Al mismo tiempo que la Administración Pública acaparaba mayores competencias, también lo hacían sus funcionarios o cargos públicos, dotados de una gran autonomía y discrecionalidad⁵⁰³.

En este escenario de constante intervencionismo de los poderes públicos, se hizo indispensable la creación de una figura que, si bien nació como medio de control y supervisión del Rey, de sus oficiales y de sus tribunales, por tanto, como mero funcionario de la Corona, su campo de actuación se extendió hasta cubrir las actuaciones de la propia Administración Pública, dejando de estar asociada a la Corona, y con esta concepción fue incorporado en la Constitución sueca, convirtiéndose en el primer *Ombudsman* parlamentario⁵⁰⁴.

Esta Institución va ligada, pues, a la idea de modernización de la Justicia, habiéndole sido atribuida la difícil tarea de supervisar y controlar

Judicial, Madrid, 2005, pp. 216-217, VON JIPPEL, T., *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 2.

⁵⁰³ FAIRÉN GUILLÉN, V., *El defensor del Pueblo-Ombudsman-*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 35.

⁵⁰⁴ La Constitución sueca se constituyó en monarquía constitucional y hereditaria y se fundamentó en la idea del equilibrio de poderes. Así, el poder ejecutivo descansaba en manos del monarca a través del *Statsvad* (Consejo de Estado), siendo sus miembros designados por el Rey con la aprobación del *Riksdag* (Parlamento). El poder legislativo también recaía sobre el monarca, junto con el Parlamento bicameral y, finalmente, el poder judicial se atribuyó a los tribunales. Se mantuvo la figura del *Ombudsman* pero ahora, a diferencia con su concepción original, desligado de la Corona aunque dependiente del *Riksdag*, pues es este último quien ostenta la facultad de su designación y nombramiento y quien fiscaliza su actuación.

la actividad de la Administración y, más importante, la obligación de velar por el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como investigar y resolver las quejas y reclamaciones ante él presentadas. Al respecto, hay incluso quien afirma que los derechos a quejarse (derecho de petición), a ser oído (derecho de audiencia) y a ejercer una acción correctiva para el caso en que uno se vea dañado en su esfera jurídica, son derechos humanos⁵⁰⁵.

Aun cuando su origen es sueco, su buen hacer y los beneficios obtenidos fueron razones suficientes para su instauración en los ordenamientos jurídicos de otros países europeos, así como también en los no europeos⁵⁰⁶. Desde su aparición en Suecia transcurrió un lapso de tiempo hasta su adopción por otros países⁵⁰⁷. Esta expansión fue consecuencia de su buen funcionamiento y los beneficiosos resultados para las partes del conflicto. En un principio, como es lógico, esta figura fue instaurada en los países vecinos, siendo Finlandia el primero en

⁵⁰⁵ FRANK, B., "The Ombudsman and human rights revisited", *Israel yearbook on human rights*, vol. 6, 1976, p. 122.

⁵⁰⁶ Para una completa información sobre la adopción de esta figura por el resto de países, no solo europeos, véanse, por todos, el informe de la Comisión Estatal de Derecho Humanos de Tlaxcala de 2010, documento disponible en: www.cedhtlax.org.mx/ombudsman/EL_OMBUDSMAN.pdf, consultada el día 20 de abril de 2014, <http://defensoria.uaa.mx/informes/pdfs/Comunicado%201.pdf>, consultada el día 14 de abril de 2014 y <http://usic13.ugto.mx/prunida/Archivos/ELOMBUDSMAN.pps>, consultada el día 14 de abril de 2014, MORA, A., IMBERNÓN GARCÍA, M. J., *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, pp. 29-42 y GOZAINI, O. A., *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 251-265.

⁵⁰⁷ Sin embargo, es menester informar de que existe una diferencia sustancial entre el *Ombudsman* sueco originario y sus análogos de los restantes ordenamientos jurídicos, pues aquel posee facultades ejecutivas, que le permiten realizar esa tarea de supervisión de las actuaciones de las autoridades estatales y municipales y también proponer modificaciones sobre su organización y regulación.

hacerlo en el año 1920 –bajo la denominación de *Eduskunnan Oikesusamies*–, siguiéndole Noruega en 1952 y finalmente Dinamarca en 1954, aunque éste difiere del finés y del noruego en tanto en cuanto no ha sido habilitado con poder de enjuiciamiento ni de supervisión sobre el poder judicial. En períodos posteriores el resto de países europeos hicieron lo propio al incorporar esta figura en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Así pues, entre otros, destaca el nombramiento de un Comisionado en la ciudad suiza de Zurich –primer cantón de Suiza– que constituyó el antecedente del *Ombudsman* creado en septiembre de 1977. Le siguió Francia en 1973, pero esta vez bajo una denominación diferente, “*Médiateur*” (mediador).

Por su parte, la primera referencia a esta figura en nuestro ordenamiento jurídico aparece en 1978, en la propia Constitución Española, en concreto en su artículo 54, según el cual “[U]na ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 51⁵⁰⁸. Como resultado del mandato impuesto en este precepto, se aprobó la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo⁵⁰⁹, que fija una

⁵⁰⁸ Artículo 51 de la Constitución: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

⁵⁰⁹ BOE de 7 de Mayo de 1981.

definición del mismo en su artículo primero, entendiendo que se trata del “alto comisionado de las 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 las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley”. Por tanto, 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. Asimismo, está facultada para supervisar la actuación de las empresas públicas y de los agentes o colaboradores de las Administraciones, siempre y cuando se trate de una actuación con fines o servicios públicos⁵¹⁰.

Esta noción sigue la línea de la definición –que los autores entienden como la primera, al ser más depurada y completa que otras anteriores que

Ley Orgánica que fue posteriormente modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo [BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1981 y núm. 57, de 6 de marzo de 1992]; y la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre [BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009].

Esta regulación ha quedado complementada con la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, *por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas* [BOE, núm. 271, de 12 de noviembre de 1985], la Instrucción de 23 de septiembre de 2008 del Defensor del Pueblo, *por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal en la institución del Defensor del Pueblo* [BOE, núm. 295 de 8 de diciembre de 2008] y el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983. (Este Reglamento fue modificado por las Resoluciones de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 21 de abril de 1992, de 26 de septiembre de 2000 y de 25 de enero de 2012 [BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992; núm. 261, de 31 de octubre de 2000; y núm. 52, de 1 de marzo de 2012].

⁵¹⁰ Para una información completa de esta Institución del Defensor del Pueblo en España (historia, funciones, organigrama, entre otros aspectos) véase su página web oficial: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Quienes/Historia/index.html>, consultada el día 22 de abril de 2014.

podrían encontrarse, inclusive que la española— establecida por la *International Bar Association* en el año 1974⁵¹¹. Así, se entiende que estamos ante un cargo previsto en la Constitución o por acción de la legislatura o del Parlamento y dirigido por un funcionario público de alto nivel, sujeto a un régimen de responsabilidad al tener que responder ante dicha legislatura o Parlamento.

Asimismo, está encargado de recibir las quejas de los ciudadanos agraviados contra las oficinas administrativas, los funcionarios y demás empleados de la Administración Pública o contra aquellos que actúan *motu proprio*, y que tiene poder para investigar, recomendar acciones correctivas y publicar informes.

Sin embargo, la proyección de esta Institución se extendió más allá de las fronteras europeas, siendo en 1962 la fecha de su adopción en las Antípodas españolas, precisamente en Nueva Zelanda⁵¹², país

⁵¹¹ La definición en versión original rezaba así: “[a]n office provided for by the constitution or by action of the legislature or parliament and headed by an independent high-level public official who is responsible to the legislature or parliament, who receives complaints from aggrieved persons against government agencies, officials and employers or who acts on his own motion, and has power to investigate, recommend corrective action, and issue reports”. Ombudsman Committee, *International Bar Association Resolution* (Vancouver: International Bar Association, 1974).

⁵¹² FRAHM, M., *Australasia and Pacific Ombudsman Institutions. Mandates, Competences and Good Practice*, Springer, Viena, 2013, pp. 3-6. El autor analiza con detalle las instituciones del Ombudsman en Australia, Nueva Zelanda, Hong Kong, Taiwan y el Pacífico. A tal efecto, introduce la Institución y trata su evolución para después centrarse en un análisis comparativo de las diferentes legislaciones y facultades competenciales otorgadas y, por último, analiza de forma separada los ordenamientos jurídicos relativos a este Organismo en los países mencionados. De este estudio merece destacarse la segregación entre las diferentes jurisdicciones de cada país, en especial, Australia.

perteneciente a la *Commonwealth*, convirtiéndose en el primer país de habla inglesa en constituir esta figura del *Ombudsman*⁵¹³.

Por su parte, Estados Unidos⁵¹⁴ lo incorporó a su organización estatal en el año 1966. El resto de países de la *Commonwealth*, entre ellos Australia, adoptaron esta Institución a través de la promulgación de la *Commonwealth Ombudsman Act 1976*, que supuso su efectiva entrada en funcionamiento en 1977.

Puede afirmarse, por ello, que actualmente casi todos los países del mundo cuentan con una figura del Defensor del Pueblo, adaptada a sus necesidades y con un carácter estatal o sectorial, pero todos ellos con un antecedente común: el *Justitie Ombudsman* sueco. Incluso más. Consecuencia de la globalización e internacionalización del momento actual, y de los parámetros de gestión y gobierno, nunca tan armonizados

⁵¹³ Nótese que Nueva Zelanda protege la utilización de la palabra *Ombudsman*, restringiendo su uso solo para designar a un órgano externo que cumpla con los principios establecidos para todo *Ombudsman*, incluidos la independencia y la efectividad, y cuya finalidad resida en resolver litigios de consumo. De hecho, *The Ombudsman Act 1975* tipifica el “intrusismo” como delito. Ley disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1975/0009/latest/DLM430984.html>, consultada el día 17 de julio de 2014.

Esta disposición está contenida en el artículo 28A, bajo la rúbrica “Protection of name”, y señala lo siguiente: “(1) *No person, other than an Ombudsman appointed under this Act, may use the name “Ombudsman” in connection with any business, trade, or occupation or the provision of any service, whether for payment or otherwise, or hold himself, herself, or itself out to be an Ombudsman except pursuant to an Act or with the prior written consent of the Chief Ombudsman. [Section 28A: inserted, on 9 December 1991, by section 3 of the Ombudsmen Amendment Act 1991 (1991 No 121)]. (2) Every person commits an offence and is liable on conviction to a fine not exceeding \$1,000 who contravenes subsection (1)”. [Section 28A(2): amended, on 1 July 2013, by section 413 of the Criminal Procedure Act 2011 (2011 No 81)].*

⁵¹⁴ En el caso de Estados Unidos, puesto que es un Estado Federal, se creó un Ombudsman por cada uno de los Estados, así como uno para el gobierno federal, en total hay 39.

como en el presente, se ha constituido una Institución de carácter supranacional para la cooperación entre más de 150 instituciones de *Ombudsman*. Hablamos del Instituto Internacional del *Ombudsman* (*International Ombudsman Institute* en su denominación original), fundado en 1978⁵¹⁵. Sus funciones giran en torno al fomento del intercambio de informaciones a nivel regional e internacional. Al tratarse de una organización global, su organigrama está dividido en regiones, concretamente en seis: África, Asia, Asia Austral y Pacífico, Europa, Caribe y América Latina y América del Norte, siendo los idiomas oficiales de trabajo el inglés, el francés y el español⁵¹⁶. Sus actividades se encuadran en tres ámbitos de actuación: formación, investigación y subvenciones regionales para proyectos. Todo ello a través de una ayuda directa, sin excesivos formalismos de carácter burocrático. Así se posibilita el desarrollo de instituciones eficientes –los *Ombudsmen* parlamentarios–, gracias a su participación en cursos y programas de formación donde se ilustra la manera más eficaz de gestionar las reclamaciones así como lograr una buena gobernanza.

Otro dato que debemos considerar es que allende la función inicial que propició la aparición del Ombudsman en Suecia y que inspiró, con

⁵¹⁵ Para una información completa de esta Organización global, véase su página web oficial: <http://www.ombudsassociation.org/node/1153>, consultada el día 22 de abril de 2014.

⁵¹⁶ Esta Institución ha elaborado un listado de los nombres utilizados. Así, entre otros, señala que Defensor del Pueblo es la denominación elegida por los países hispanohablantes (España, Argentina, Perú y Colombia); *Médiateur de la République* por los países francófonos (Francia, Gabón, Mauritania y Senegal); *Protecteur du Citoyen* en Québec; *Provedor de Justiça* en Portugal; *Difensore Civico* en Italia; *Parliamentary Commissioner for Administration* es el nombre elegido por Reino Unido y Sri Lanka, *Public Protector* designa a esta institución en Sudáfrica; *Volksanwaltschaft* en Austria, *Wfaqi Mohtasib* en Pakistán y *Lok Ayuka* en India.

más o menos incidencia la expansión de esta figura en prácticamente todos los lugares del planeta, su alta consideración y su figura como “reconocido prestigio” ha venido a insuflar nuevos horizontes que han llevado a una generosa ampliación funcional, creándose en este sentido otros *Ombudsmen* centrados en sectores específicos, tales como telecomunicaciones, finanzas, banca, seguros, etc., en los que su complejidad y tecnicidad, agradecen órganos similares, integrados por expertos del sector, profesionales con una específica cualificación, pero con un alto grado de respetabilidad y credibilidad, que permita solventar los conflictos suscitados en los mismos. Ello no ha hecho sino incrementar el valor de este organismo y su potencialidad –todavía con mucho recorrido- como medio idóneo y eficaz de gestionar y solventar las diferencias y conflictos que se susciten, evitando así el exponencial aumento de conflictividad en sede judicial respecto de estas áreas tan especializadas.

II. EVOLUCIÓN HACIA SECTORES MÁS ESPECÍFICOS. CREACIÓN DEL *FINANCIAL OMBUDSMAN*

En estos ámbitos, por ende, en los que el grado de complejidad se retroalimenta con el tecnicismo y la exigencia de conocimientos allende los jurídicos, quienes se hallan directamente involucrados prefieren acudir a un experto, un profesional de la materia concreta, con independencia de su específica condición de jurista, para alcanzar una solución más adaptada a las necesidades y exigencias derivadas de la propia controversia. Ese “*expertise*” que se ofrece a través de estos medios es

garantía para los ciudadanos y *a priori* una buena alternativa a los tribunales de justicia.

Originariamente se trataba de un término acuñado para el sector público, pues surgió como una cortapisa a la libertad del tráfico económico, estrictamente limitado por las decisiones públicas. No obstante, 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-privada⁵¹⁷, teniendo una gran acogida por estas últimas debido a su “flexibilidad, accesoribilidad, menores costes económicos y función de prevención”⁵¹⁸ para garantizar y salvaguardar los intereses individuales y colectivos de los consumidores.

Esta transformación ha conllevado, como hemos apuntado *supra*, la extensión no solamente de índole geográfica, sino también en lo que concierne a su interpretación por parte de los operadores jurídicos, pues ha quedado ampliada materialmente, abarcando el control tanto de la

⁵¹⁷ BROWN, H. J., MARRIOTT, A.: *ADR principles and practice*, op. cit., p. 459 y TOLLEMACHE, N., “Taking the Ombudsman concept into the private sector: notes on the Banking Ombudsman Scheme in New Zealand”, *Victoria U. Wellington Law Review*, núm. 26, 1996, pp. 236-237.

Véase también la web oficial de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/ombudsman/faqs.shtml>, consultada el día 12 de octubre de 2012. En ella se hace hincapié en el hecho de que este término se utilizó en un principio para designar al funcionario público encargado de examinar las quejas de los ciudadanos contra las organizaciones del sector público. Los *Ombudsmen* que sirven al público en general y llevan a cabo investigaciones oficiales son los que actualmente se conocen como *Ombudsmen* clásicos, mientras que los *Ombudsmen* de las organizaciones prestan servicios informales de solución de conflictos relacionados con cuestiones laborales. Concretamente en las Naciones Unidas, la función del Ombudsman equivale a la que desempeña el Ombudsman de una organización.

⁵¹⁸ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 87.

Administración Pública como de las empresas del sector privado. Así, se erige como una figura independiente cuyo fin estriba en proteger a los ciudadanos contra los posibles abusos que puedan ocasionarles instituciones tales como bancos, compañías aseguradoras, compañías telefónicas, etc. Se afianza, por ello, en un modelo político social que mantiene una función proteccionista y tuitiva del ciudadano. Esa protección en torno a la función tuitiva sobre los consumidores ha creado enormes expectativas para el desempeño de su función y para su expansión objetiva y subjetiva.

En esta línea fue precisamente Suecia quien, en respuesta a la excesiva carga de trabajo de este órgano, decidió crear instituciones análogas pero en diferentes sectores. El primero de ellos fue el *Ombudsman* militar, cuya vigencia osciló entre 1915 y 1968. También destacamos la creación del “*ombudsman* de la libertad de empresa”, en 1954. Pero este fue solo el comienzo de una sucesión de *Ombudsmen* específicos⁵¹⁹ para sectores concretos cuyas funciones resultan beneficiosas por la complejidad y tecnicidad que los caracterizan. También en el ámbito militar, la República Federal Alemana en 1959, bajo la denominación de *Wehrbeauftragter des Bundestages*⁵²⁰, incorporó esta institución en su ordenamiento jurídico. Suiza, por otra parte, instauró un *Ombudsman* en 1969, asemejándolo a una organización privada e

⁵¹⁹ EDLING, A., “La experiencia Sueca: el Ombudsman del Consumidor”, *Estudios de Consumo*, núm. 24, Instituto Nacional de Consumo, 1992, pp. 72-79.

⁵²⁰ Véase su web oficial, en español: <http://www.bundestag.de/bundestag/wehrbeauftragter/es/>, consultada el día 23 de abril de 2014.

independiente para un sector concreto y más complejo, el de seguros, a través del denominado *Versicherungsbundsmann*⁵²¹.

En lo que respecta al sector financiero, el primer paso en la protección extrajudicial de los consumidores lo dio el Reino Unido en el año 1986, gracias a una iniciativa privada a cargo de 17 bancos británicos⁵²², imitando la actuación de tres aseguradoras quienes, con la finalidad de que las quejas relativas a los seguros quedaran resueltas a través de un procedimiento diferente al judicial pero al mismo tiempo independiente y gratuito para el reclamante, fundaron, en 1981, el denominado *Insurance Ombudsman Bureau*. Así pues, hasta 1981 la actuación del *Ombudsman* se reducía al sector público, siendo además utilizada la expresión “*commissioner*” antes que la propia de “*Ombudsman*”.

No obstante, en la actualidad contamos con el *Financial Ombudsman Services* (en adelante, FOS), institución que unifica todos los *Ombudsmen* vigentes en el año 2000, cuando se aprobó la Ley de servicios y Mercados financieros –*Financial Services and Markets Act 2000*⁵²³ (en

⁵²¹ Véase su web oficial: <http://www.versicherungsbundsmann.de/home.html>, consultada el día 22 de abril de 2014.

⁵²² Véase la web oficial del *Financial Ombudsman* en Reino Unido, <http://www.financial-ombudsman.org.uk/>, consultada el día 22 de abril de 2014. Véanse, también, LEIBOWITZ, D., LESTER, C., “Banking and finance disputes”, en AA.VV., *ADR and Commercial Disputes*, ed. por R. CALLER, Sweet&Maxwell, Londres, 2002, pp. 32-35, ANDREU MARTÍ, M. M., *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 174-181 y 187-197 y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “En torno a los ombudsmen bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 26, 1984, pp. 436-437.

⁵²³ Documento disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/pdfs/ukpga_20000008_en.pdf, consultada el día 23 de abril de 2014.

adelante, FSMA 2000) –, a cargo de la FSA. En concreto, reunificó hasta ocho organismos, que son los que siguen: *Office of the Banking Ombudsman, Office of the Building Societies Ombudsman, Office of the Investment Ombudsman, Personal Investment Authority Ombudsman Bureau, Personal Insurance Arbitration Service, Securities and Futures Authority Complaints Bureau and Arbitration Service, Financial Services Authority Complaints Unit and Independent Investigator* y el *Insurance Ombudsman Bureau*.

Esta innovación experimentó un efecto expansivo en un gran número de países europeos, entre los que destaca nuestro país. Solamente un año más tarde se estableció en España 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 en materia de transparencia y protección de la clientela⁵²⁴. Su creación se produjo en un momento importante para el sector bancario como fue su proceso de liberación⁵²⁵.

⁵²⁴ Véase el listado de toda la normativa sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela, por orden cronológico y por materias, véase, BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2011”, pp. 290-292, disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/11/MSR2011.pdf>, consultado el día 22 de abril de 2014.

⁵²⁵ Proceso que tuvo su origen en el año 1981 y que culminó con la creación de un organismo de resolución de reclamaciones, de conformidad con la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987, *sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de depósito*. Este servicio estaba regulado por la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20.09.1990) pero fue derogado por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE núm. 161 de 6 de julio de 2012).

Se trata del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en adelante, SRBE)⁵²⁶, configurado como una unidad de trabajo incardinada en los Servicios Jurídicos del Banco de España, dependiente de la Jefatura, que adecuaba 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 Reclamaciones⁵²⁷ (en adelante, DCMR) que, a su vez, incorpora competencias en materia de conducta de mercado, transparencia informativa, buenas prácticas, información a consumidores,

MARIMÓN DURÁ, R., “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, pp. 217-218 y AA.VV., *Manual de sistema financiero español*, dir. por CALVO BARNARDINO, A., Ariel, Barcelona, 2010, pp. 110-115.

⁵²⁶ Véase su web oficial: <http://www.bde.es/bde/es/>, consultada el día 22 de abril de 2014.

Sobre la evolución del Banco de España, véanse, MARTÍN ACEÑA, P., MARTÍNEZ RUIZ, E. y NOGUES MARCO, P., “The Bank of Spain: a national financial institution”, *Documentos de Trabajo*, núm. 1205, Asociación Española de Historia Económica, Madrid, 2012. Documento encontrado en: www.aehe.net, consultado el día 22 de abril de 2014.

En general, sobre este Servicio del Banco de España, véanse, DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Servicios de Reclamaciones en materia financiera”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 32, núm. 129, 2013, pp. 318-320; PANCORBO LÓPEZ, M. L., “El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como órgano de resolución de controversias bancarias y de protección de la clientela bancaria”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 237, 2001, pp. 967-1012, RUBIO VILAR, J., “Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España: La experiencia del Servicio”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 3, 1996, pp. 519-568 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por GARCÍA VILLAVARDE, R., Civitas, España, 1992, pp. 897-966.

⁵²⁷ El nuevo Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones es el resultado de sumar el actual Servicio de Reclamaciones del Banco de España con la División de Relaciones con la Clientela Bancaria, cuya creación fue aprobada por la Comisión Ejecutiva del Banco de España. Con esta decisión se buscaba dar un tratamiento unitario a las competencias del Banco de España en materia de conducta de mercado, transparencia informativa, buenas prácticas o publicidad, entre otras. El 6 de junio de 2014 este Departamento sufrió una reestructuración a cargo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, creándose una nueva División de Supervisión de Conducta de Entidades y, dentro de ésta, una nueva Unidad de Vigilancia e Inspección.

educación financiera y resolución de conflictos. Sin embargo, no es ésta la primera referencia sobre el Defensor del Cliente en nuestra organización bancaria. En 1986 fue incorporada por el Banco Bilbao⁵²⁸ y en 1987 por la Federación Catalana de Cajas de ahorro. En tan solo un año de funcionamiento ya recibieron 515 quejas de clientes, lo que sin duda reflejaba la importancia de su implementación⁵²⁹.

Igualmente, merece destacarse que una figura similar se ha incorporado también en el ordenamiento jurídico australiano⁵³⁰, aun cuando la misma ha sido relativamente reciente, pues su instauración data del 1 de julio de 2008. Se presenta como una figura similar al FOS inglés, en tanto en cuanto combina tres organismos preexistentes, a saber: el *Banking and Financial Services Ombudsman*, el *Financial Industry Complaints Service* y el *Insurance Ombudsman Service*, teniendo estos organismos más de 20 años de experiencia resolviendo litigios en el marco del sector bancario y financiero. Esta estructura fue completada por la inclusión de la *Credit Union Dispute Resolution Service* y de la *Insurance Brokers Disputes Ltd* en enero de 2009. Por tanto, su creación es relativamente reciente en comparación con el FOS inglés y el DCMR, pero entendemos que esta fusión (aunque tardía) de los órganos de solución de conflictos mencionados se ha llevado a cabo para mejorar el sistema, haciéndolo más eficiente gracias a la simplificación de la

⁵²⁸ RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, op. cit., pp. 620-623.

⁵²⁹ SAN MARTÍN, J., “Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, núm. 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28.

⁵³⁰ Véase su página web oficial: <http://www.fos.org.au/>, consultada el día 22 de abril de 2014.

estructura organizativa que conlleva, a su vez, una mayor accesibilidad para los consumidores a la par que a la industria en general.

Expuestas estas figuras, se puede afirmar que son ya numerosos los países que cuentan con una figura como la del *Ombudsman* para resolver los litigios de consumo, aun cuando cada uno presenta sus propias diferencias. El pionero en instaurarla fue el Reino Unido, país donde además tiene una gran aceptación por parte de la clientela bancaria y financiera. Sirvió efectivamente de modelo para su adopción en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, y, aunque guardan semejanzas en cuanto a la misión, objetivos y procedimiento a seguir, responden a coordenadas y parámetros propios, de modo que aun respondiendo a una finalidad muy similar, cada modelo va a tratar de ofrecer respuestas locales, específicamente adaptadas a su realidad, pero desde un movimiento globalizado, lo que permite afirmar que estamos ante una clara manifestación de lo que hoy se denomina como “glocalización”, en la que de algo que es y nace localmente –Reino Unido– se extiende globalmente, pero sigue manteniendo en parte su propia idiosincrasia.

Para poder naturalizar cada uno de estos modelos nacionales habrá, en primer lugar, que valorar la función encomendada a estos organismos, coincidente en todo caso en la resolución de quejas y reclamaciones presentadas por los clientes contra las entidades financieras supervisadas. Y, en segundo lugar, nos debemos centrar en el procedimiento que, si bien difiere en cuanto a estructura y organización, como veremos en el siguiente Capítulo, comparten los mismos principios y requisitos fundamentales para interponer una reclamación o queja en su sede.

Atendiendo a lo anterior, se podría afirmar con cierta rotundidad que son la misma institución si bien adaptada y moldeada a la regulación de cada sistema jurídico. No obstante, también debe analizarse si se ha adoptado en forma de *Ombudsman financiero* a semejanza de Reino Unido, tipo de estructura predominante en Europa aunque no la única. Precisamente, algunos países acogieron la idea de implantar un mecanismo ADR específico para el sector financiero, pero en lugar de crear este organismo como tal, desarrollaron otras figuras, que varían desde los departamentos de reclamación englobados dentro de la propia estructura y organización del órgano regulador del mercado financiero – como sucede en el caso español, donde el DCMR (asumiendo las funciones del SRBE) es un departamento propio del Banco de España–, hasta los Consejos de resolución de litigios (*Complaint Boards*) – compuestos por un Consejero responsable e igual número de miembros representantes de las instituciones de consumo y financieras, pasando incluso por los que simplemente organizan un procedimiento arbitral específico para estas controversias.

Ahora bien, todas estas figuras, si bien no idénticas, presentan elementos que las asemejan, respondiendo a distintos tipos de Defensores de la Clientela bancaria u *Ombudsmen*. Así, encontramos los llamados *Industry-established ombudsman scheme with governance body (non-executive board)*, *Industry-established ombudsman scheme without a governance body* y el *ombudsman scheme established by law*. Reino Unido es un exponente de dos de ellos, pues el *Ombudsman* del sector de los seguros instaurado en 1981 fue creado por una asociación del sector, mientras que el actual FOS ha sido establecido por ley. Australia también ha seguido este modelo, mientras que España, como ya hemos indicado,

reguló un procedimiento de resolución de reclamaciones gestionado por el propio regulador, el Banco de España, quedando su papel de decisor-resolutor más limitado, al carecer sus decisiones de carácter vinculante para cualquiera de las partes⁵³¹.

Por otra parte, es característico también del modelo anglosajón disponer de una institución de *Ombudsman* para todo el sector financiero, es decir, con capacidad y competencia para resolver las reclamaciones sobre productos bancarios, seguros e inversión, mientras que España cuenta con un organismo para cada uno de estos sectores. Precisamente, el Banco de España se encarga de resolver las reclamaciones relativas a los productos bancarios, la CNMV 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, (en adelante, DGSFP) encargada de dirimir aquellas reclamaciones relativas a la comercialización de seguros, planes o fondos de pensiones.

En suma, el *Ombudsman* fue creado con el propósito de garantizar los derechos de los individuos contra los abusos realizados por parte de las instituciones gubernamentales o por funcionarios públicos, constituyéndose así como el Defensor del ciudadano, desde la supervisión

⁵³¹ El mismo modelo que el español también ha sido implantado en Francia, Grecia, Islandia, Luxemburgo, Malta y Portugal. Otros como Suecia, Dinamarca y Noruega han dispuesto los procedimientos de solución de reclamaciones a través de Consejos y Portugal ha desarrollado un procedimiento arbitral cuya decisión es vinculante tanto para la entidad financiera como para el cliente. THOMAS, D., y FRIZON, F., “Resolving Disputes between consumers and financial businesses: Fundamentals for a financial ombudsman. A practical guide based on experience in Western Europe”, *The World Bank. Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy*, enero 2012, pp. 24-25.

de la Administración Pública. Sin embargo, existen diferencias entre esta figura y la del Defensor del Pueblo en España, ya que mientras el *Ombudsman* fue creado con la finalidad de supervisar la Administración pública, el Defensor del Pueblo utiliza esta supervisión como instrumento para defender los derechos y libertades fundamentales, tal y como se desprende del artículo 54 de la Constitución Española.

Esta Institución viene a cumplir, a nuestro juicio, un papel fundamental en la mejora de la convivencia social y en la aplicación de las técnicas ADR en sectores específicos, –telecomunicaciones, de la energía, de seguros, financiero, etc. –. En este sentido, y como acertadamente indica la doctrina, “entre los ADR se menciona [...] la implantación de mecanismos de sujeción a la opinión de expertos independientes, que en litigios de trasfondo técnico es la forma más lógica y racional de resolver las controversias”⁵³².

Ello supone una mayor preferencia de los usuarios de servicios financieros por este tipo de sistemas de resolución de conflictos, en donde, antes que a un juez, optan por solicitar la ayuda de un tercero imparcial, pero a la vez experto en esta compleja materia, para obtener una solución más adecuada⁵³³. Esta es la razón por la que los usuarios de servicios

⁵³² “[...] se trata [...] de la emisión de una opinión científica encargada por las dos partes que, además, no es vinculante, por lo que tiene la ventaja de que si una de las partes considera que el experto ha emitido el dictamen con base en algún error, no está obligada a someterse a él ni a aceptar la solución ofrecida, sino que puede acudir a la vía judicial para exponer sus razones, ante la que ya se partirá de un trabajo previamente hecho”. ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *op. cit.*, p. 31.

⁵³³ En este sentido, véanse, PETRAUSKAS, F., GASIŪNAITĖ, A., “Alternative Dispute Resolution in the field of consumer financial services”, *Jurisprudencija*, vol. 19, núm. 1, 2012, pp. 179-194 y BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación en

bancarios acuden, con mayor frecuencia, a las técnicas ADR para resolver las disputas que mantienen con las entidades de crédito. Esto es debido a las ventajas que ofrecen las técnicas ADR –celeridad, agilidad, economicidad– con respecto a la vía judicial, al mismo tiempo que brindan la oportunidad de acceder a esa justicia tan deseada respecto de asuntos que, por su escasa importancia, no serían planteados ante los tribunales ordinarios.

En conclusión, en la actualidad casi todos los países cuentan con la institución del *Ombudsman* referida al sector público, pero también con organismos análogos –con los matices correspondientes– cuyo ámbito competencial viene restringido a un determinado sector, ya sea financiero, de energía, de telecomunicaciones, etc., pero todos ellos responden a un fin común, concretado en la resolución de las quejas ante ellos planteadas por los ciudadanos que han visto sus derechos e intereses controvertidos. Su incorporación supone una garantía para los ciudadanos, para los usuarios y consumidores, a quienes y en quienes se deja la potestad de decisión. La tutela de éstos es la principal misión que cumplen estos cauces, que no son sino instrumentos de los ciudadanos. Será, por tanto, una decisión en libertad de éstos la que llevará a acudir a la tutela judicial efectiva de forma directa o preferente, o a estos medios de tutela que permiten incorporar un elemento más en su abanico de posibilidades.

conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLII, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2009, p. 131.

III. CUESTIONES COMUNES A TODAS LAS INSTANCIAS

Expuestos los ámbitos objetivo y subjetivo de la contratación bancaria, así como las causas que han dado origen a los conflictos que hemos considerado más importantes o relevantes en términos de consecuencias e impacto social, debe identificarse la posible existencia de restricciones al acceso de este procedimiento, los instrumentos que, ante un conflicto, están disponibles para los usuarios de servicios financieros contra las entidades de crédito y, por último, dada la exigencia de motivación de las decisiones emitidas, qué clases de disposiciones deben ser tomadas en consideración.

1. Quién puede reclamar

Como resulta lógico, tendrán acceso a estos procedimientos extrajurisdiccionales de solución de conflictos, con independencia del país donde nos encontremos, aquellas personas físicas o jurídicas, debidamente identificadas y acreditadas, en su condición de usuarios de servicios bancarios y siempre que la reclamación, queja o consulta se refiera a sus derechos legalmente reconocidos, ya deriven de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos bancarios. Por tanto, no encontramos grandes restricciones para poder reclamar ante estos organismos.

Al respecto de las personas jurídicas, en el sistema inglés encontramos expresa referencia a la posibilidad de que las denominadas “*micro-enterprises*” queden legitimadas activamente en este procedimiento. Este término engloba a las pequeñas empresas, siempre que reúnan dos requisitos, uno económico, consistente en no superar los

dos millones de euros de facturación y otro organizacional, exigiéndose no contar con más de 10 empleados.

Por su parte, el sistema australiano, cuya regulación específica se encuentra en los *Terms of Reference* (en adelante, TOR), sigue la misma línea que el inglés, especificando que además de las personas físicas que hayan celebrado un contrato con un banco también quedan legitimadas las “*small business*” que, al igual que el término inglés, viene a designar aquellas pequeñas empresas que, en el momento en que se sucedieron los hechos que dieron lugar al litigio, tengan menos de 100 trabajadores a tiempo completo (o equivalente) si el objeto social está directa o indirectamente relacionado con la manufactura de bienes o menos de 20 trabajadores a tiempo completo (o equivalente) en el resto de negocios⁵³⁴.

Aparte de las personas físicas o jurídicas, nuestro ordenamiento hace expresa mención a la legitimación activa de las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios bancarios, siempre que afecten a un determinado

⁵³⁴ “*FOS may only consider a Dispute if the Dispute is between a Financial Services Provider and: a) an individual or individuals (including those acting as a trustee, legal personal representative or otherwise); b) a partnership comprising of individuals – if the partnership carries on a business, the business must be a Small Business; c) the corporate trustee of a self managed superannuation fund or a family trust – if the trust carries on a business, the business must be a Small Business; d) a Small Business (whether a sole trader or constituted as a company, partnership, trust or otherwise); e) a club or incorporated association – if the club or incorporated association carries on a business, the business must be a Small Business; f) a body corporate of a strata title or company title building which is wholly occupied for residential or Small Business purposes; or g) the policy holder of a group life or group general insurance policy, where the dispute relates to the payment of benefits under that policy*”. Cláusula 4.1 del *Terms of Reference (TOR)*, en la versión vigente desde enero de 2010 pero actualizado a enero de 2014. Documento disponible en: <http://www.fos.org.au/custom/files/docs/terms-of-reference-from-1-january-2010-as-amended-1-january-2014.pdf>, consultada el día 20 de julio de 2014.

cliente. Pero también pueden actuar en defensa de intereses colectivos, siempre que estos resulten afectados y las asociaciones estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos legalmente establecidos en materia de defensa de los consumidores. Esta habilitación es cuanto menos lógica y coherente con el resto de normas de nuestro sistema legal. En efecto, en virtud del artículo 11 de la LEC, las asociaciones de consumidores y usuarios, legalmente constituidas, tienen legitimación para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados, los de la asociación misma y los intereses generales de los consumidores. Por tanto, si estas asociaciones han quedado legitimadas para intervenir en un proceso civil, con mayor motivo tienen que disponer de esta facultad en un sistema más flexible como es este procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos financieros.

En todo caso en el ordenamiento jurídico español se exige que estas asociaciones reúnan los requisitos legalmente establecidos en materia de defensa de los consumidores. De conformidad con el artículo 23.1 del TRLGDCU⁵³⁵, se consideran asociaciones de consumidores y usuarios aquellas organizaciones sin ánimo lucro cuya finalidad sea la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, entre los que se incluye su información, formación y educación, bien sea con carácter

⁵³⁵ Las asociaciones así constituidas tienen personalidad jurídica y, en ese sentido, también ostentan capacidad para ser parte y capacidad procesal de acuerdo con lo establecido en los artículos 6 y 7 de la LEC. MORENO CATENA, V., “Comentario al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV., *El proceso civil*, coord. por ESCRIBANO MORA, F., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 122. Véase, también, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Tema 14. La intervención de los consumidores y usuarios en el proceso civil”, en AA.VV., *La protección del consumidor de inmuebles*, dir. por LLEDÓ YAGÜE, F., Dykinson, Madrid, 2013, pp. 410-413. El autor analiza la capacidad procesal de los grupos de consumidores y usuarios diferentes de las asociaciones de consumidores como parte en un proceso.

general, bien en relación con bienes o servicios determinados. Pero además, es necesario, por un lado, que se hayan constituido con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de Asociación*⁵³⁶ y, por otro, que reúnan los requisitos exigidos en el propio TRLGDCU y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación. Este último requerimiento constituye un factor importante para quedar legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios, tal y como establece el artículo 24.1 del TRLGDCU⁵³⁷. Pero el factor clave es la pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios⁵³⁸ en caso que los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación⁵³⁹.

Si bien resulta pacífica la cuestión relativa al hecho de que las asociaciones de consumidores queden legitimadas para actuar tanto en procesos civiles como en procedimientos extrajurisdiccionales, debemos determinar la clase de legitimación que ostentarían estas asociaciones en este procedimiento financiero.

⁵³⁶ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002.

⁵³⁷ El inciso segundo de este precepto señala que “*Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores*”.

⁵³⁸ Nótese que la Asociación ADICAE es, desde 1996, miembro de este Consejo y representa a los consumidores en el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en la Junta Consultiva de la Dirección General de Seguros.

⁵³⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Capítulo III. La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por BARONA VILAR, S., *op. cit.*, p. 128.

Por un lado, resulta claro que no estamos ante una legitimación ordinaria por cuanto esta refiere de la defensa de los derechos e intereses de la propia asociación, actuando en este caso en nombre e interés propio, esto es, como titular de la relación jurídica y del objeto litigioso⁵⁴⁰. Debe tenerse en cuenta que la posición de servicio de la asociación hacia los consumidores y usuarios “no puede sino estar subordinada, en cuanto a este tipo de derechos, al sujeto individualmente perjudicado. Por ello, no puede entenderse como una atribución legal de legitimación independiente de la asociación, de modo que pudiera la asociación disponer unilateral y autónomamente del derecho privativo del particular como propio de la asociación, pues ello es una decisión soberana de éste, titular del o de los perjudicados, en su defensa y sujeta a su consentimiento, y éste, derivado de un adecuado régimen de publicidad que permita el conocimiento de la incoación o pendencia del proceso y de dicha actuación procesal”⁵⁴¹.

Tampoco se puede considerar que nos hallemos ante una legitimación por sustitución, pues ésta queda conferida a la defensa de los derechos e intereses de los asociados, en tanto en cuanto la asociación actúa en nombre propio pero por un interés ajeno (del asociado)⁵⁴².

⁵⁴⁰ GONZÁLEZ CANO, I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 147.

⁵⁴¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Comentario al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, coord. por CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J. y TAPIA HERNÁNDEZ, I., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 154.

⁵⁴² DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2004, p. 158. En contra, CORDÓN MORENO, F., “De nuevo sobre legitimación”, *RDP*, núm. 1, 1997, pp. 79-80. Afirma que la legitimación de la asociación para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados se encuadra en el esquema de las acciones directas. También en contra, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Comentario al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de*

La cuestión aquí radica, por tanto, en si estamos ante una legitimación extraordinaria o ante una legitimación representativa. La clave está en el tipo de intereses que defienden estas asociaciones en este procedimiento de resolución de reclamaciones, esto es, si defienden los denominados “intereses generales” entendidos como “intereses supraindividuales” o, por el contrario, defienden “intereses colectivos y difusos”, por daños derivados del consumo. En el primer caso estaríamos ante una legitimación extraordinaria, mientras que en el segundo ante una legitimación representativa⁵⁴³.

Parece por ello que, de conformidad con la normativa bancaria, se hace referencia a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, esto es, a los perjudicados por un hecho dañoso derivado del consumo. Hablamos por tanto de una tutela de derechos individuales homogéneos de los consumidores, donde la asociación asume una representación tácita, siendo los consumidores quienes queden afectados por la decisión emitida por el Defensor del Cliente u *Ombudsman*

Enjuiciamiento Civil, vol. I, *op. cit.*, p. 168. “En cuanto a la legitimación para la defensa de los derechos de los asociados, se suele considerar que se está propiamente ante un supuesto de simple representación, pero no estamos de acuerdo en que ello sea así, porque el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte, y en estos casos no cabe la menor duda de que parte procesal es la propia asociación y no sus miembros. En sentido impropio sí cabe hablar de representación, y así se afirma que quien ejercita la acción de grupo adquiere una «representación paraorgánica de la clase». En ese sentido sí podría afirmarse que la asociación de consumidores se convierte en representante paraorgánico de todos los integrantes de la clase, en tutela de cuyos intereses individuales actúa, pero eso no significa que se esté propiamente ante una representación, ni legal ni voluntaria, sino que se está simplemente ante un supuesto particular de legitimación extraordinaria”.

⁵⁴³ Sobre el debate doctrinal y el análisis sobre el alcance y contenido de los “intereses supraindividuales” e “intereses colectivos”, véase, por todos, GRANDE SEARA, P., “Capítulo II. Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 68-76.

financiero ante el que interpongan la reclamación o queja. En consecuencia, estamos ante una legitimación representativa donde se pretende la tutela de los intereses colectivos, no de los intereses supraindividuales.

2. Contra quién se puede reclamar

En el ordenamiento jurídico español, la legitimación pasiva para ser parte en este tipo de procedimiento recae sobre las entidades supervisadas por el Banco de España, esto es, es posible 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 viajero.

En lo que respecta a los sistemas anglosajones, el número de entidades contra el que se puede reclamar es mayor. Pero esto no se debe a que su sistema bancario presente mayor complejidad, sino al hecho de que cuentan con un único *Ombudsman* financiero cuyas competencias alcanzan todo el mercado. No así el nuestro, que cuenta con el DCMR en el sector de las contrataciones bancarias, con el Servicio de Atención al Inversor de la CNMV para las disputas en materia de inversión y la DGSFP en temas de pensiones. En consecuencia, dado que tanto en la organización financiera de Reino Unido como de Australia se cuenta con único organismo de solución de conflictos, resulta lógico que los clientes puedan presentar reclamaciones contra los denominados proveedores de

servicios financieros (FSPs por sus siglas en inglés, *financial services providers*), entre los que se incluyen bancos, agencias de inversión, asesorías financieras y Corredores o agentes hipotecarios.

3. Qué instrumentos se pueden presentar: reclamación, queja y consulta

En estas líneas vamos a explicar cuáles son los instrumentos de los que disponen los usuarios de servicios financieros en caso de disconformidad con un producto, servicio o línea de actuación de las entidades de crédito. En concreto, aparte obviamente de las acciones judiciales, en el marco de la tutela extrajurisdiccional los clientes pueden presentar bien una reclamación, bien una queja, para defender los derechos e intereses económicos que entienden han sido vulnerados por la entidad de crédito, así como pueden remitir una consulta con el objetivo de obtener una información más detallada por parte del Banco de España como regulador del sector. Todos estos instrumentos forman parte, a la postre, del engranaje de las entidades de crédito, pues sirven como mecanismo de defensa a los ciudadanos en calidad de consumidores de servicios bancarios. Su complejidad es grande, aun cuando su estructura, sistemática y delimitación objetiva ofrecen un modelo compacto que debe conocerse para poderse explotar debidamente.

3.1. Nociones de reclamación, queja y consulta

Las reclamaciones y las quejas son, básicamente, instrumentos puestos a disposición de los consumidores para manifestar su

insatisfacción por un producto, servicio o, incluso, comportamiento, de una entidad o corporación. *A priori* podríamos pensar que ambas nociones son sinónimas y, por tanto, pueden ser utilizadas indistintamente. Nada más lejos de la realidad, pues si bien son consecuencia de un estado de insatisfacción del consumidor, las quejas refieren a un producto en concreto, mientras que las reclamaciones implican, además, una pretensión indemnizatoria o compensatoria.

Ahora bien, estamos hablando de estos instrumentos en términos muy genéricos por lo que, en lo que aquí interesa, trataremos de concretarlos para el sector financiero con el fin de que, como clientes o usuarios de servicios bancarios, sepamos –ante una situación concreta– cuál es el apropiado. Para ello analizaremos estos instrumentos por separado, así como explicaremos otro recurso del cual disponen los consumidores, la consulta, aunque ésta simplemente está enfocada a la obtención de información. La propia Orden ECC/2502/2012, facilita la labor tanto de las entidades de crédito como de los consumidores, pues en su artículo segundo recoge expresamente las definiciones de estos tres instrumentos, estableciendo además el posible contenido de cada uno de ellos.

En primer lugar, las quejas refieren a la insatisfacción del usuario de servicios financieros con respecto de demoras, desatenciones, así como cualquier actuación deficiente de la entidad de crédito.

En segundo lugar, las reclamaciones –como oposición o contradicción que se hace a algo como injusto, o mostrando no consentir en ello– hacen alusión a las acciones u omisiones de las entidades de crédito cuyas consecuencias hayan redundado en un perjuicio para sus

derechos e intereses económicos. Pero la Orden ECC/2502/2012 establece como requisito la relación de causalidad, esto es, que tales perjuicios se entiendan producidos como consecuencia de presuntos incumplimientos de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos bancarios cometidos por las entidades de crédito contra las que se reclama. Asimismo, los consumidores deben incluir, en su reclamación, una pretensión que consista en la restitución de un interés o derecho.

Finalmente, las consultas, como su nombre indica, son solicitudes de información que refieren a aspectos generales como los derechos de los propios usuarios de servicios financieros, de la aplicación de la normativa de transparencia y protección de la clientela, etc., así como también son solicitudes de asesoramiento sobre los cauces legales para el ejercicio de tales derechos.

3.2. Actividad desarrollada por estas Instituciones

Las preguntas que nos surgen al hilo de lo expuesto son las siguientes: ¿Existe una significativa actividad del DCMR? ¿La coyuntura económica ha influido en el incremento de dicha actividad? ¿Qué instrumentos son los más utilizados por los usuarios? Y, finalmente, ¿alguno de los instrumentos enunciados está infravalorado?

Efectivamente, la actividad del DCMR, así como del resto de *Ombudsmen*, incluyendo a los anglosajones, se ha visto notablemente incrementada en el último lustro, como consecuencia directa de la

coyuntura económico-social que estamos viviendo desde el año 2007, alcanzando en España máximos históricos en 2012⁵⁴⁴, con niveles próximos a los alcanzados en 2010⁵⁴⁵, con 43.647 y 47.657 nuevos casos, respectivamente. En el año 2011, sin embargo, se observó un ligero descenso, lo que supuso una quiebra de la tendencia de los últimos años y que el propio DCMR interpretó como una señal de que quizá las cifras experimentadas no se debieran exclusivamente a la crisis económica, sino también a razones de carácter estructural⁵⁴⁶. No obstante, durante el año siguiente -2012- se experimentó una subida significativa, pudiendo considerar el 2011 como un punto de inflexión que, sin embargo, no ha implicado un cambio en la tendencia.

En cualquier caso, el propio DCMR califica de máximos históricos las cifras arrojadas superiores a los 40.000 casos. Si bien en términos relativos son cifras escalofriantes –el doble de las cifras correspondientes al periodo comprendido entre los años 2002 y 2007–, en términos absolutos no lo son tanto, máxime si se toma en consideración el volumen de las operaciones bancarias realizadas en el mismo período y, también, en comparación con el número de acciones judiciales que se interponen ante

⁵⁴⁴ Memoria de Reclamaciones del SRBE correspondiente al año 2012, p. 17. Documento disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/MSB_2012.pdf, consultado el día 10 de abril de 2014.

⁵⁴⁵ Memoria de Reclamaciones del SRBE correspondiente al año 2010, p. 15. Documento disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/10/MSR2010.pdf>, consultado el día 10 de abril de 2014.

⁵⁴⁶ Memoria de Reclamaciones del SRBE correspondiente al año 2011, p. 15. Documento disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/11/MSR2011.pdf>, consultado el día 10 de abril de 2014.

los tribunales ordinarios. Esta tendencia al alza parece que seguirá en línea ascendente en los próximos años. Y ello aun cuando dejemos atrás la crisis económica, por cuanto aquellos consumidores que ya hubieran resuelto su litigio mediante esta vía, presumiblemente volverán a ser usuarios de la misma, dada la celeridad en la obtención de una solución y la ausencia de costes del procedimiento –al menos para el consumidor– y, por último, por el mayor conocimiento de este Servicio por el público en general.

No obstante, no todos los recursos disponibles tienen el mismo grado de “usabilidad”. Así, no constituyen las reclamaciones y quejas el *grosso* del trabajo desempeñado por este Servicio, sino las consultas y, en concreto, las efectuadas telefónicamente –más del 50% –. En efecto, el volumen de reclamaciones y quejas se sitúa entre las 12.000 y las 15.000, mientras que el de consultas escritas entre las 2.000 y las 3.000 y el de las consultas telefónicas entre las 24.000 y las 27.000. El medio de comunicación rápido, sencillo y en tiempo real ofrece mayores posibilidades que el desarrollo del procedimiento en los otros recursos.

Cuando comparamos estas cifras con las de los *Ombudsmen* financieros de los países anglosajones, debemos ser muy cautelosos porque no es posible su identificación con nuestro modelo. En este sentido deberemos considerar que engloban no solo el segmento del crédito y sistemas de pago, sino también el segmento de inversión y de seguros. Por tanto, resulta obvio que el número de reclamaciones, quejas y consultas planteadas va a ser indudablemente más elevado. Por otra parte, dado que en ambos sistemas anglosajones se cuenta con idéntica denominación para designar este organismo extrajurisdiccional de resolución de controversias, procederemos a distinguirlos denominando FOS(UK) al *Ombudsman* financiero de Reino Unido, y FOS(AU) al análogo australiano.

Del estudio de la estructura y composición de las Memorias Anuales, llama nuestra atención que las correspondientes al DCMR y al FOS(UK) se asemejan en cuanto a criterios y ratios utilizados para analizar los casos presentados, mientras que en algunos ratios difieren de la Memoria del FOS(AU). Precisamente, tanto el DCMR como el FOS(UK) distinguen entre reclamaciones y quejas (*complaints*) y consultas (*enquiries*), a su vez divididas en atención al medio empleado para su presentación (vía telefónica o por escrito). Además, un aspecto de la elaboración de estas Memorias por el FOS(UK), que valoramos muy positivamente, es la disponibilidad, desde principios de 2014, de los valores correspondientes al año 2013, mientras que solo contamos con la información actualizada a 2012 en los otros dos Organismos.

Por el contrario, si nos adentramos en las estadísticas y demás análisis empíricos recogidos en la Memoria del FOS(AU), nos damos cuenta de que solamente existe una distinción. Se nos informa, por un lado, del número total de disputas (*disputes*), que se corresponderían con las cifras de reclamaciones y quejas de los otros *Ombudsmen*. Y, por otro lado, de las llamadas telefónicas recibidas por el FOS(AU) (*phone calls received*), que podríamos hacer equivaler a las consultas, aunque aquí es preciso matizar que, en este procedimiento, se permite la posibilidad al consumidor de presentar su reclamación por teléfono, estando esta cifra, por tanto, contada dos veces. Por esta razón creemos no se incluye referencia alguna a las cifras totales, como sí encontramos en las memorias del SRBE y del FOS(UK).

Concretando la actividad del FOS(UK), observamos que corrobora esa tendencia al alza existente en nuestro DCMR en lo que concierne a los tres aspectos examinados –reclamaciones, consultas por escrito y

consultas telefónicas-. De hecho, de las 94.392 reclamaciones y quejas presentadas en el año 2007 –cifra 16 veces superior a la alcanzada por el DCMR para el mismo periodo (5.736)– se ha pasado a la turbadora cifra de 508.881 reclamaciones en 2013⁵⁴⁷. A simple vista lo primero que podemos concluir es que existe un fallo importante en el sistema bancario inglés, pues estamos ante una cifra excesivamente elevada, con independencia del número de transacciones que se realicen en el marco de la actividad bancaria.

Ahora bien, este considerable incremento de la actividad del FOS(UK) es consecuencia de un conflicto importante que ha supuesto una hecatombe para los bancos: el conflicto con los PPI. Como ya vimos en el Capítulo I, en el apartado relativo a los conflictos bancarios, la causa del conflicto fue la desinformación y venta sin la debida y expresa autorización de estos productos. La consecuencia de esta brecha en el sector ha sido la obligación, en casi todos los casos, de reembolsar los importes invertidos en estos productos a los clientes que presenten sus reclamaciones. De ahí la cifra tan elevada de reclamaciones, pues se mantienen estables los niveles correspondientes a las reclamaciones de otros productos tales como créditos o tarjetas. En concreto, ya en 2008 el 14% del total de las reclamaciones correspondía a los PPI, porcentaje que fue incrementándose año tras año –30% en 2010, 51% en 2011 y 60% en 2012– hasta constituir el 74% de las reclamaciones⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ 2012/ 2013 *Annual Review of Financial Ombudsman Service*, pp. 18 y 33. Documento disponible en: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ar13/ar13.pdf>, consultado el día 22 de Julio de 2014.

⁵⁴⁸ 2012/ 2013 *Annual Review of Financial Ombudsman Service*, p. 40.

Pero si los PPI han sido los propiciadores de la innumerables reclamaciones planteadas, también han sido la causa de numerosas consultas, tanto telefónicas como por escrito. En este caso, también las consultas constituyen el *grosso* de la actividad de esta institución. Y, como cabía esperar, las cifras obtenidas también son superiores a las correspondientes en el DCMR. Precisamente, en 2013 se recibieron 1.067.607 consultas telefónicas y 1.093.832 consultas por escrito, suponiendo casi el doble que las correspondientes al año 2012, por lo que, siendo la tendencia de los últimos años al alza, este último es clave para comprender la situación económica del país y del sistema financiero.

El factor determinante, aunque no el único, de este impactante incremento de las consultas ha sido el conflicto con los PPI (aproximadamente más del 70% de las llamadas han tratado este asunto)⁵⁴⁹. Aunque también han confluído otros factores como la crisis económica y la transparencia y mayor publicidad que se está realizando sobre la existencia y ventajas de estos procedimientos. A tal efecto, el FOS(UK) ha habilitado varios números de teléfono al que los consumidores pueden acceder, algunos de ellos gratuitos según las tarifas de los clientes.

Con respecto a la tendencia al alza de la actividad del FOS(UK), tanto de las reclamaciones como de las consultas, creemos que, contrariamente a lo que va a suceder en España, van a descender sus niveles actuales. Ello porque el conflicto PPI está quedando casi resuelto,

⁵⁴⁹ Financial Ombudsman Service: “Our plans and budget. A consultation paper”, enero de 2014. Documento disponible en: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/2014-ourplans.pdf>, consultado el día 22 de julio de 2014.

lo que supone que, salvo que “estalle” otro conflicto de similar magnitud, en los próximos años se presentará un menor número de reclamaciones y de consultas. Sin embargo, si analizamos esta situación desde un prisma positivo, ha servido para dar a conocer este procedimiento a un importante número de clientes que, en futuras disputas con el banco optarán por esta vía para resolverlas antes de acudir a la vía judicial.

Por último, la actividad del FOS (AU) registra cifras más parecidas a las del DCMR. Nótese que este *Ombudsman*, en su configuración actual, está operativo desde 2008, por lo que solamente podemos analizar la evolución desde ese año. Precisamente, en el año 2009 registró un total de 23.790 reclamaciones, mientras que en 2008 se presentaron 22.392 reclamaciones⁵⁵⁰. Téngase en cuenta que estos totales están calculados contando cada reclamación como un único caso, con independencia del número de asuntos controvertidos en ella tratados. Sin embargo, si se consideran los casos con base en el número de conflictos y temas tratados, aun cuando estén incluidos en la misma reclamación, la cifra de 2009 asciende a 24.953 reclamaciones. Y ello sin embargo teniendo en cuenta que, en esta evolución *quasi* lineal, encontramos un punto de inflexión que se corresponde con el periodo 2010-2011 y 2011-2012. En efecto, en 2010 se atendieron un total de 30.283 reclamaciones, aunque si atendemos al segundo criterio se presentaron 31.881, traspasándose la barrera los 30.000 casos nuevos. Y en esta línea, 2011 fue el año de mayor actividad (con

⁵⁵⁰ Financial Ombudsman Service 2009-2010 Annual Review. Documento disponible en: http://www.fos.org.au/custom/files/docs/fos_2010_annual_review.pdf, consultado el día 22 de julio de 2014.

36.099 reclamaciones según el primer criterio)⁵⁵¹. Al respecto encontramos dos causas objetivas que justifican este notable incremento.

Por un lado, la situación financiera de muchas familias que, debido a sus dificultades económicas para hacer frente a los pagos de los créditos y préstamos concedidos, y muchas de ellas para llegar a sobrevivir, solicitan a las entidades bancarias renegociaciones de las cuotas o refinanciaciones, asfixiadas por su situación.

Por otro lado, se han presentado numerosas reclamaciones relacionadas con seguros tras los desastres naturales ocurridos entre finales de diciembre de 2010 y principios de enero de 2011, donde las inundaciones causadas por las intensas lluvias en el estado de Queensland devastaron tres cuartas partes del territorio, siendo declarado zona catastrófica. Otros estados como el de Victoria también sufrieron graves daños a causa de las intensas lluvias entre enero y febrero de 2011⁵⁵². Esto, obviamente, trajo consigo una avalancha de reclamaciones por disputas con las compañías de seguros. Por tanto, este incremento ha sido una clara consecuencia coyuntural, lo que explica y justifica que en el periodo 2012-2013 esta tendencia al alza se haya invertido, volviendo a valores de 32.307 reclamaciones totales (o de 33.537 atendiendo al

⁵⁵¹ Financial Ombudsman Service 2010-2011 Annual Review, p. 21. Documento disponible en: http://www.fos.org.au/custom/files/docs/annualreview_20102011_fullpdf.pdf, consultado el día 22 de julio de 2014.

⁵⁵² *Íbidem*, p. 51.

segundo criterio)⁵⁵³. Descenso mantenido también durante el período 2013-2014, al registrarse 31.680 nuevas reclamaciones.

Por último, los niveles recogidos de consultas realizadas por los clientes no es tan elevado como en el FOS(UK), aunque sí respecto del DCMR. Desde su puesta en funcionamiento en 2008, el número de llamadas telefónicas ha sido relativamente constante, lo que refleja que, en condiciones normales, el sistema económico australiano se mantiene estable y no sufre la crisis económica que azota Europa.

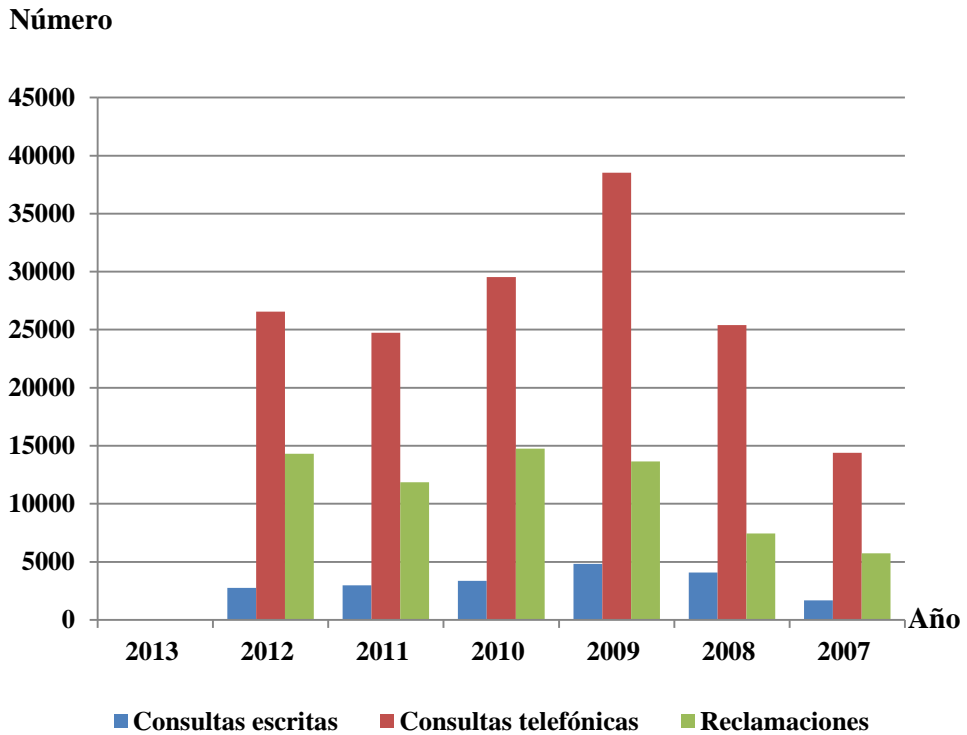
Expuesta esta evolución y tendencia de la actividad desarrollada por cada uno de estos Organismos, resulta altamente ilustrativa la presentación de una gráfica comparativa. Aun cuando en las respectivas Memorias Anuales encontramos estadísticas correspondientes al número de casos recibidos ese año, por meses y por sectores geográficos (Comunidades Autónomas o estados), así como el número de reclamaciones resueltas, hemos querido elaborar unas gráficas que reflejen de forma más significativa la evolución del número de reclamaciones presentadas ante los tres organismos durante el periodo 2007-2013. Y, con ello, igualmente, mostramos el peso que cada *Ombudsman* presenta respecto de las consultas y las reclamaciones totales efectuadas durante el periodo 2012-2013.

A continuación presentamos gráficamente la evolución experimentada por la actividad de cada Institución, distinguiendo entre el

⁵⁵³ Financial Ombudsman Service 2012-2013 Annual Review, p. 49. Documento disponible en: <http://www.fos.org.au/publications/annual-review/>, consultado el día 22 de julio de 2014.

número de reclamaciones, consultas telefónicas y consultas planteadas por escrito.

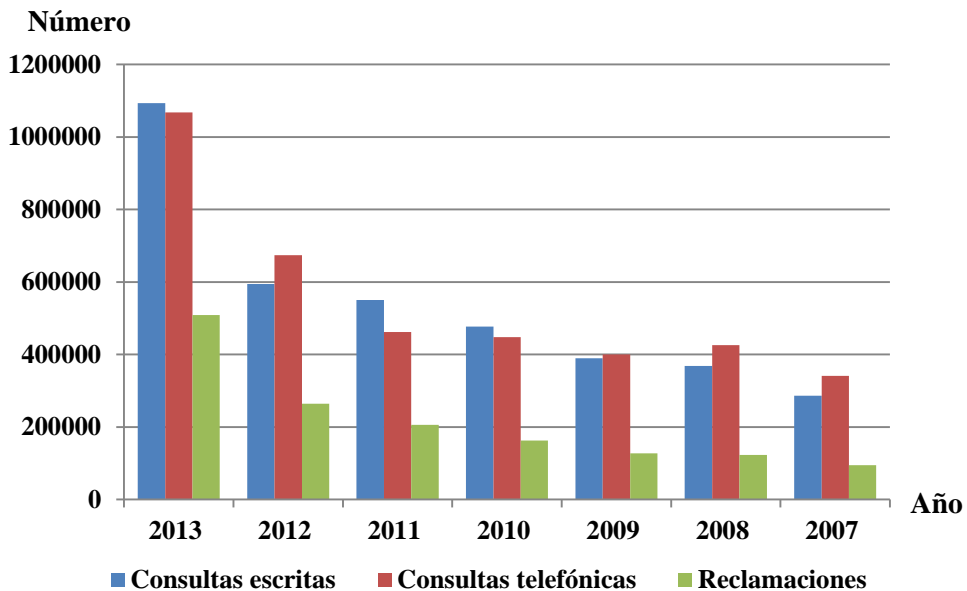
Gráfica 1: Actividad del DCMR para el periodo 2007-2012⁵⁵⁴



Fuente: Elaboración propia

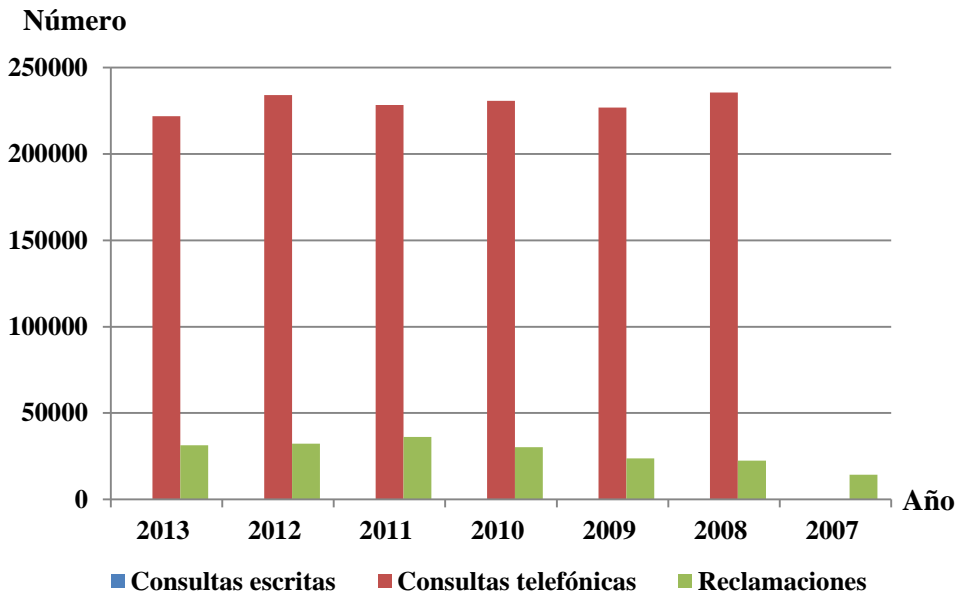
⁵⁵⁴ Hasta la fecha el DCMR no ha publicado la Memoria Anual correspondiente al año 2013, por lo que carecemos de datos exactos.

Gráfica 2: Actividad del FOS(UK) para el periodo 2007-2013



Fuente: Elaboración propia

Gráfica 3: Actividad del FOS(AU) para el periodo 2007-2013



Fuente: Elaboración propia

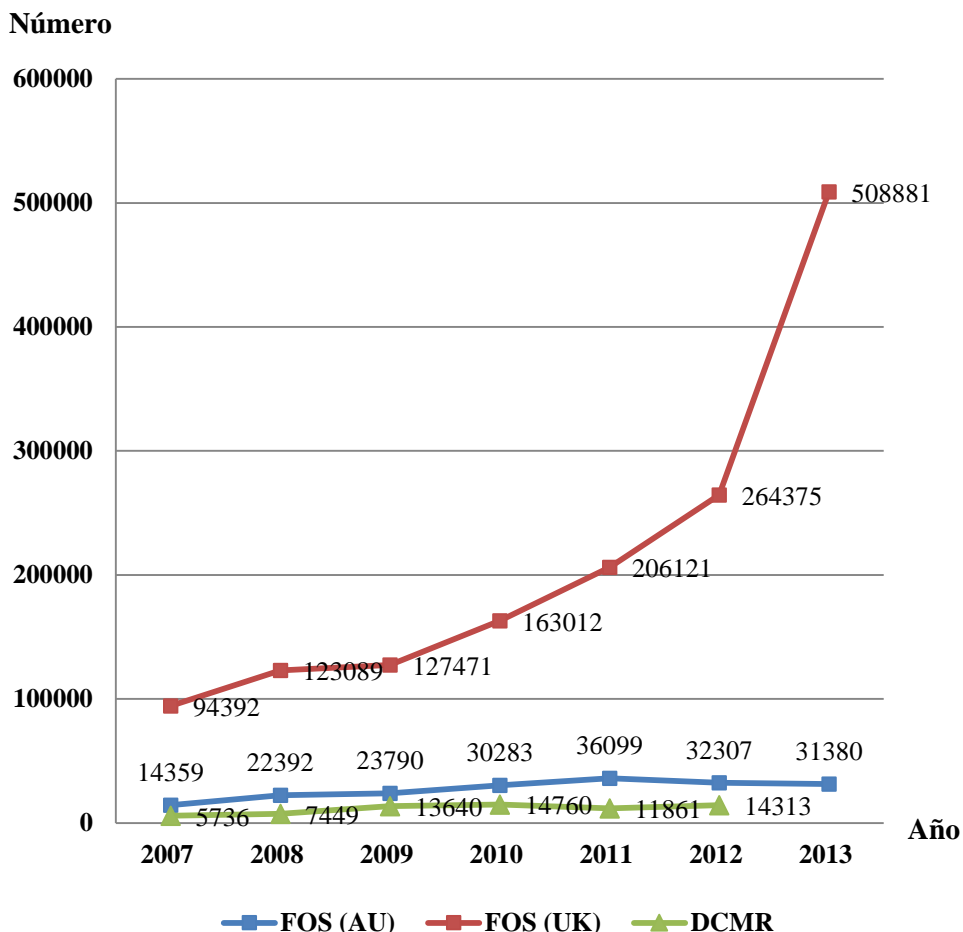
A la vista de las gráficas, y salvando que el FOS(AU) no recoge cifras relativas a las consultas realizadas por escrito, comprobamos que la actividad realizada por el DCMR y por el FOS(AU) se centra en atender consultas, tanto telefónicas como escritas, si bien es cierto que el número de consultas realizadas por escrito ante el DCMR es relativamente bajo. Lo destacable del FOS(AU), y que ya avanzamos *supra*, es la linealidad de su evolución, tanto en el número de reclamaciones recibidas como en el número de llamadas telefónicas atendidas, hecho bastante significativo de la estabilidad económica y financiera del país, además de la solvencia de los bancos australianos.

Por el contrario, la actividad del FOS(UK) muestra una tendencia linealmente creciente (a consecuencia del conflicto de los PPI), pero debemos llamar la atención a la gran diferencia con respecto a la actividad de los otros *Ombudsmen*, de las consultas realizadas por escrito. Éstas, en algunos periodos (2010, 2011 y 2013) superan el número de consultas telefónicas aun a pesar de las facilidades y accesos telefónicos disponibles. Entendemos que concurren factores ideológicos y no económicos para optar por presentar una consulta por escrito.

En lo que concierne a las reclamaciones, también observamos similitudes en la evolución entre la actividad del DCMR y la del FOS(AU), no así en la del FOS(UK). Esta situación encuentra su razón de ser en que el FOS(UK) es el *Ombudsman* financiero originario, por lo que estamos ante una institución consolidada, muy aceptada y positivamente valorada por los consumidores quienes la consideran como una verdadera vía de tutela.

Por su parte, en la gráfica siguiente observamos la evolución de las reclamaciones presentadas en cada uno de estos Organismos, corroborando –visualmente– lo que ya avanzamos en cifras: la evolución similar entre la actividad del DCMR y del FOS(AU).

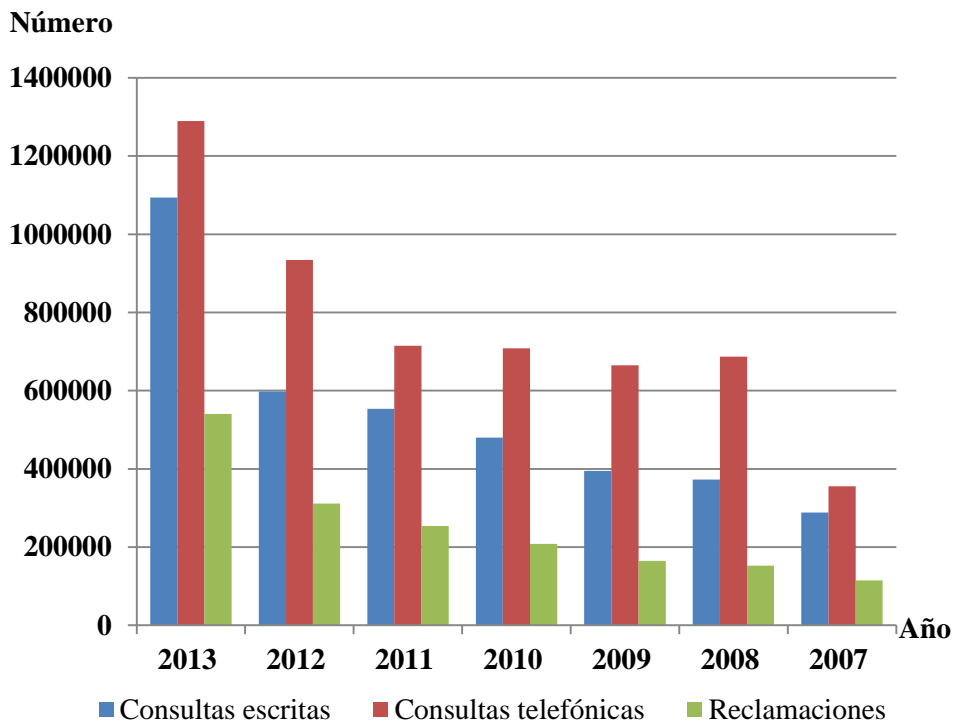
Gráfica 4: Comparativa de la evolución de la actividad del DCMR, FOS(UK) y FOS(AU).



Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, si pensamos en términos macro y no microeconómicos los resultados que se arrojan por la actividad de estos organismos tiene una lectura diversa. Así, si analizamos la evolución de la actividad total de los tres organismos, como si actuaran como unidad, observamos cómo en 2008 se produce un salto cuantitativo en el número de recursos presentados (no cualitativo por lo que las reclamaciones y quejas representan). Encuentra respuesta esta situación en la crisis económica que comenzó en 2007 en EE.UU. y afectó a Europa. En la gráfica siguiente comprobamos cómo la evolución ha ido *in crescendo* hasta alcanzar cifras considerables e importantes que reflejan la necesidad de una tutela de los intereses de los consumidores que sea ágil y expedita.

Gráfica 5: Evolución conjunta de la actividad desarrollada por el DCMR, el FOS(UK) y el FOS(AU)⁵⁵⁵



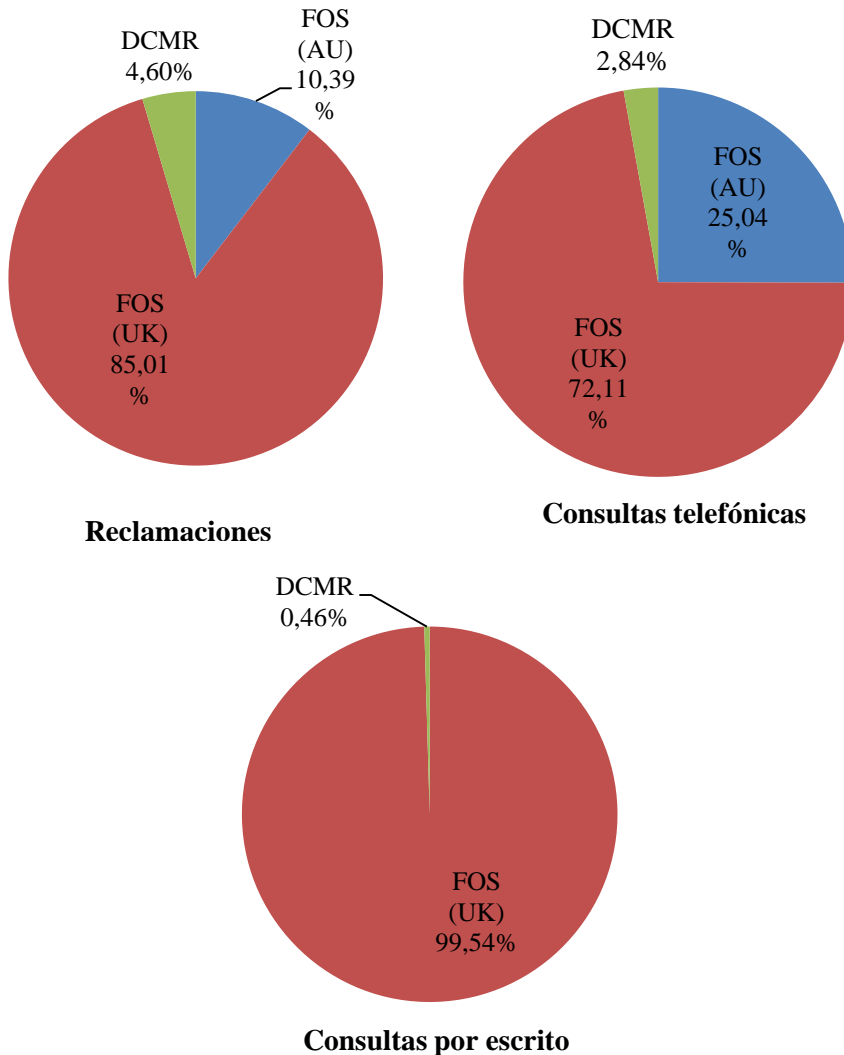
Fuente: Elaboración propia

Finalmente, también bajo un prisma global o “macro”, analizamos el peso que tendrían estos tres *Ombudsmen* financieros en la resolución de cada uno de estos instrumentos. Así, observamos que, comparativamente, el FOS(UK) tendría mayor responsabilidad al tener que resolver en todos los casos más del 80% de los recursos presentados. El FOS(AU) es el segundo organismo con más peso en el desarrollo de la actividad, mientras que el DCMR se mantiene constante en cifras no superiores al 5%. Esto se

⁵⁵⁵ Los datos en ella recogidos son resultado de la suma entre las cantidades individuales de estos organismos, como si actuaran como uno solo.

debe al escaso conocimiento que los clientes tienen del DCMR en general y a la consolidación de las otras dos instituciones. Muy probablemente la desinformación ha jugado negativamente a este respecto.

Gráfica 6: Peso relativo de cada organismo ante el número total de recursos para el período 2012-2013.



Fuente: Elaboración propia

3.3. Consideraciones a la percepción de estos instrumentos

En resumen, partiendo de la hipótesis de que siempre han existido y existirán conflictos, las cifras de reclamaciones y quejas en el ámbito que nos ocupa no son *per se* muy alarmantes dado, como ya hemos apuntado, el volumen de negocio de las entidades de crédito y la existencia de problemas coyunturales por los que se aumenta el número de casos presentados. Lo realmente preocupante es, sin embargo, esa tendencia al alza de las mismas año tras año y el hecho de que vengan referidas en numerosas ocasiones a la misma línea de actuación o al mismo servicio ofertado, lo que implica que las entidades de crédito tardan en aplicar criterios correctivos a sus políticas para subsanar estas situaciones. No obstante, y aunque la crisis económica haya jugado un papel decisivo, este incremento también es consecuencia, por un lado, del auge que, propiciado por el legislador y demás organismos reguladores en materia financiera, están experimentando todos los métodos de solución extrajudicial de litigios, tanto en el ámbito financiero como en el familiar, escolar, sanitario, etc.

Por otro lado, este incremento ha venido favorecido por el aumento de las tasas judiciales que ha propiciado una mayor desconfianza y desapego de los consumidores hacia el sistema judicial para resolver su controversia con la entidad de crédito. Y son también fiel reflejo de la desigualdad real existente entre consumidor y entidades de crédito; desigualdad que en ciertos casos se ve absolutamente pronunciada por los abusos que los poderosos producen respecto de los más débiles, vulnerando las normativas e infringiendo las buenas prácticas bancarias y los códigos de conducta.

Finalmente, no queremos dar por finalizado este apartado sin antes mencionar que, si bien es habitual percibir la existencia de reclamaciones o quejas como algo negativo, en cuanto manifestación de mal funcionamiento, debemos también analizarlas desde un punto de vista positivo, esto es, considerar estos instrumentos como una valiosa fuente de información que permita mejorar la calidad de los productos y servicios ofertados y como una gran oportunidad de corregir determinadas conductas e, incluso, políticas del banco, evitando cometer los mismos errores en el futuro; una vía, a la postre, de tutela de los consumidores. Todos estos instrumentos se convierten de forma palmaria, y desde esa visión positiva, en mecanismos que favorecen indudablemente una mayor optimización de los recursos –humanos y materiales– y, por ende, arrastran una mejora de la eficiencia que, a su vez, supondría un incremento de la productividad. Es más, a medio y largo plazo, este incremento debe igualmente valorarse en la línea de ser un socio perfecto para ganar la confianza que los consumidores depositarían en las entidades de crédito y, por tanto, a su fidelidad, al apreciar que sus percepciones sobre las mismas, así como su insatisfacción con ellas, son tomadas en consideración a la hora de definir las políticas bancarias internas y modificar las líneas de actuación y comportamiento.

4. ¿En qué se fundamentan las decisiones?

Esta es una cuestión nada baladí por las repercusiones que sobre el sentido de la decisión pueden tener. Ya apuntamos previamente que las decisiones de los Defensores del Cliente y de los *Ombudsmen* se fundaban no solamente en derecho, sino también –a semejanza del arbitraje– en

equidad, esto es, en lo que ellos consideran “justo y razonable”⁵⁵⁶ (en inglés, *fair and reasonable*)—que en arbitraje venía siendo “según su leal saber y entender”–.

En este sentido, son cuatro los elementos a tener en cuenta acerca de las medidas a adoptar en incluso del sentido de la propia decisión con respecto a las pretensiones del reclamante. Así, el propio *Ombudsman* o el panel de la organización competente deben tener en cuenta las disposiciones legales y reglamentarias, pues la solución no puede ser contraria a derecho en ningún caso; los Códigos de Conducta aplicables al ámbito bancario, en concreto, a las relaciones de consumo; los Códigos de Buenas Prácticas bancarias, en algunos ordenamientos codificados pero en otros basados en la propia experiencia y dispersados en diversos textos y, finalmente, las decisiones previas dictadas por el propios organismo.

Sabiendo que se debe controlar la normativa vigente en el propio ordenamiento jurídico y que son aplicables las propias leyes que regulan estos organismos, estableciendo sus principios, límites competenciales y posibles vías de abstención en aras de garantizar la independencia debida, a continuación vamos a concretar y especificar en qué consisten los demás elementos y disposiciones a tener en cuenta en el proceso de toma de decisión, detallando las posibles especificaciones en cada uno de los tres ordenamientos jurídicos aquí analizados.

⁵⁵⁶ “A distinctive feature of the ombudsman schemes is that decisions may be made on grounds of substantive fairness, which may in some cases override the legal rules”. ALPERI, C., “Financial Services in the United States and United Kingdom: Comparative Approaches to Securities Regulation and Dispute Resolution”, *International Law & Management Review*, vol. 5, 2008, p. 89.

4.1. *Códigos de Conducta*

La importancia de los Códigos de Conducta –en ocasiones designados bajo la denominación de Códigos Éticos o Códigos de Buen Gobierno⁵⁵⁷– para ser considerados en la toma de decisión del organismo extrajurisdiccional de resolución de conflictos reside en su naturaleza. En efecto, son consecuencia de la autorregulación, del *soft law*, frente a la regulación o *hard law*⁵⁵⁸, por tanto, una vía de articulación interna de la organización de la entidad de crédito.

El fenómeno de la autorregulación del sector económico va unido, como regla general, a dos realidades, en primer lugar, a la complejidad y tecnicidad propias de la materia financiera y, en segundo lugar, a la existencia de una autoridad administrativa supervisora, en este caso, el Banco de España⁵⁵⁹. La excepción a esta regla general la constituye la autorregulación publicitaria, implantada en 1974, pues cuenta con su propia autoridad privada que actúa como un órgano arbitral.

En suma, los Códigos de Conducta, podemos decir, son textos paralegales que recogen una serie de conductas no previstas en la

⁵⁵⁷ Dada su generalización se utiliza el término “Responsabilidad Social Empresarial o Responsabilidad Social Corporativa” para englobar a toda esta clase de documentos.

⁵⁵⁸ RODOTA, S., “Códigos de Conducta: entre *hard law* y *soft law*”, en AA.VV., *Códigos de Conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales «Códigos de Conducta y Mercado»*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, coord. por REAL PEREZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 21. El autor sentencia que es necesaria la participación de los sujetos a los que la regla debe ser aplicada para que las exigencias del propio sector sean congruentes con la norma jurídica.

⁵⁵⁹ PALÁ LAGUNA, R., “Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2010, pp. 10-11.

normativa jurídica pero que no por ello dejan de ser fundamentales para el buen funcionamiento del sector y, dado que no son normas imperativas, su aceptación y consecuente vinculación quedan sometidos a la discreción de las propias entidades de crédito.

El *Ombudsman* deberá analizar si la actitud o comportamiento de la entidad financiera durante la relación con el cliente, en especial aquella que ha originado el conflicto, ha contravenido alguno de estos principios o reglas internas de regulación. De ello se hará depender, en parte, el sentido de la decisión final.

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 crédito⁵⁶⁰, que no vienen exigidos por ley pero son voluntariamente establecidos. Estos Códigos constituyen uno de los pilares esenciales para crear una cultura corporativa y extender un *know-how* basado en los valores de integridad, profesionalidad, cercanía, compromiso y orientación al logro⁵⁶¹. En este sentido, implican la asunción de responsabilidad y de un compromiso por parte de las entidades financieras respecto del trato y comportamiento que deben adoptar frente a los clientes y trabajadores. Comportamientos que vienen delimitados por una serie de valores⁵⁶² especificados, que deben asumir como propios y que contribuyen a la transparencia de la entidad y serán

⁵⁶⁰ SHWARTZ, M., "The nature of the relationship between corporate codes of ethics and behaviour", *Journal of Business Ethics*, vol. 32, núm. 1, 2001, pp. 247-262.

⁵⁶¹ Código Corporativo de Bankia. Documento disponible en: <http://www.bankia.com/es/accionistas-e-inversores/gobierno-corporativo/codigo-etico-y-de-conducta/>, consultado el día 21 de julio de 2014.

⁵⁶² KAYE, B., "Compliance and corporate culture: making the most out of codes of ethics", *Australian Journal of Management*, vol. 21, núm. 1, 1996, p. 1.

beneficiosos para dicha entidad en tanto en cuanto van más allá de la mera declaración de principios para convertirse en una herramienta útil de gestión para reforzar la confianza y lealtad de los clientes⁵⁶³.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico español, los Códigos de Conducta sientan las bases del comportamiento ético de la empresa, las pautas que deben regir las relaciones con los clientes, aunque también se incorporan disposiciones que regulan las relaciones con los demás agentes económicos e incluso entre los propios trabajadores de la entidad. Sin embargo, no encontramos un único modelo de Código de Conducta, sino tantos como entidades de crédito e instituciones financieras⁵⁶⁴.

En lo que concierne al contenido, se establecen los 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, se centra fundamentalmente en exigir 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.

⁵⁶³ VALOR MARTÍNEZ, C., MERINO DE DIEGO, A., y PALOMO ZURDO, R. J., “Los códigos éticos en cajas de ahorros y cooperativas de crédito: estado de la cuestión y análisis empírico”, en *El comportamiento de la empresa ante entornos dinámicos: XIX Congreso anual y XV Congreso Hispano Francés de AEDEM*, Vol. 1, 2007, (Ponencias), p. 77.

⁵⁶⁴ Véanse dos ejemplos de Códigos de Conducta de dos grandes entidades de crédito: el Código del BBVA, disponible en: http://www.bbva.com/TLBB/fbinesp/codigo_conducta_bbva_nuevo.pdf, y el Código del Banco Santander, disponible en: http://www.santander.com/cs/gs/Satellite?appID=santander.wc.CFWCSancomQP01&c=GSInformacion&canal=CSCORP&cid=1278677208635&empr=CFWCSancomQP01&lng=es_ES&pagename=CFQP01%2FGSInformacion%2FCFQP01_GSInformacionDetalleSimple_PT08, consultadas ambas el día 20 de julio de 2014.

En cuanto a la regulación bancaria en Reino Unido y la elaboración de Códigos de Conducta, ha sido la FCA, quien ha sentado las bases del Régimen de Conducta Bancario⁵⁶⁵, que comenzó a aplicarse el 1 de noviembre de 2009. Este Régimen está estructurado en tres grandes bloques, el primero de ellos referido a los principios de negocio; el segundo, destinado a establecer las reglas de conducta de los Servicios de Pago⁵⁶⁶; y el tercero, conforma una guía con las reglas y principios a los que deben someterse las entidades adheridas, conocido por sus siglas BCOBS⁵⁶⁷. Las disposiciones de esta guía son las que consideramos el verdadero Código de Conducta, pues en ellas se regulan las relaciones entre las entidades –entendidas como aquellas que pueden aceptar depósitos de los clientes– y sus usuarios. En concreto, fija unas reglas de actuación en materia relativa a las comunicaciones con los clientes, incluyendo las comunicaciones a distancia en cumplimiento de la Directiva sobre Comercio electrónico⁵⁶⁸.

En el sistema australiano, el *Ombudsman* debe trabajar con algunos Códigos de Conducta, entre los que destaca por su importancia el

⁵⁶⁵ Véase la página web de la FCA: <http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/banking/Conduct-regime>, consultada el día 21 de julio de 2014.

⁵⁶⁶ El contenido de las disposiciones está disponible en: <http://www.fshandbook.info/FS/html/handbook/BCOBS>, consultado el día 21 de julio de 2014.

⁵⁶⁷ Documento disponible en: <http://www.fshandbook.info/FS/html/handbook/BCOBS>, consultado el día 21 de julio de 2014.

⁵⁶⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. [DO L núm. 178, de 17 de julio de 2000].

Electronic Funds Transfer Code of Conduct (en adelante, *EFT Code*)⁵⁶⁹, actualmente bajo la responsabilidad de la ASIC⁵⁷⁰, aunque también encontramos ejemplos de Códigos de Conducta cuyo contenido sigue la línea del español, como el correspondiente al *Reserve Bank of Australia*⁵⁷¹.

Lo más destacable del *EFT Code*, en su redacción vigente de 2002 pero con las modificaciones introducidas en 2008, es la exclusión de las pequeñas empresas de su ámbito de aplicación, no pudiendo adherirse por tanto a este Código, también voluntario. Sin embargo, ello no supone dejar a las pequeñas empresas sin normas internas de comportamiento, pues han quedado cubiertas por el *Code of Banking Practice*, que les habilita además a participar en los procedimientos de solución de reclamaciones del FOS(AU). En este sentido, las pequeñas empresas disponen de un nivel de protección superior al de los consumidores en caso de responsabilidad por transacciones no autorizadas.

En lo que respecta a los procedimientos de reclamaciones, como comprobaremos en el apartado siguiente, el *EFT Code* sigue la línea del *Code of Banking Practice* al exigir el establecimiento de dos procedimientos de solución de reclamaciones, uno interno, que actúa como primera instancia y que debe agotarse antes de acudir al segundo

⁵⁶⁹ TYREE, A., *Banking Law in Australia*, *op. cit.*, pp. 423-443; SMITH, A., “Chapter 1: Regulation of the Australian Financial System”, en AA.VV., *Australian Finance Law*, ed. por MALLESONS STEPHEN JAQUES (Solicitors and Attorneys), *op. cit.*, pp. 36-39 y VILLALTA PUIG, G., *Banking and finance law*, Thomson Legal & Regulatory Ltd., Pyrmont, 2005, pp. 77-80.

⁵⁷⁰ Órgano regulador de la normativa sobre protección del consumidor en Australia, cuyas competencias legislativas vienen recogidas en la *Australian Securities and Investments Commission Act 2001* (Cth), conocida como *ASIC Act*.

⁵⁷¹ Documento disponible en: <http://www.rba.gov.au/about-rba/code-conduct-rba-staff.html>, consultada el día 20 de julio de 2014.

procedimiento, este externo, en caso de no haber quedado resuelta la controversia o incluso cuando la solución no satisface al consumidor.

En suma, aun a pesar de tratarse de Códigos de naturaleza voluntaria, prácticamente todos los sistemas bancarios tienen una regulación en la materia. Asimismo, si atendemos al contenido, podemos comprobar cómo los organismos reguladores y supervisores bancarios, así como las propias entidades, establecen unos estándares mínimos, pero comunes entre sí, de los comportamientos y valores que deben primar en la organización en aras de cumplir con su deber de transparencia e información, pero con la finalidad de ganarse la confianza y lealtad de los consumidores.

4.2. Códigos de Buenas Prácticas

De conformidad con el Banco de España, se entiende por buenas prácticas bancarias aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con los usuarios de servicios financieros. Asimismo, se definen los usos financieros como aquellos usos mercantiles y bancarios comúnmente aceptados en las plazas de que se trate⁵⁷².

⁵⁷² Sobre el concepto de buenas prácticas y usos bancarios, véanse, RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, op. cit., pp. 573-578, GARCÍA TALLÓN, M. L., “La protección de los consumidores de servicios financieros en el sistema español. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, encontrado en:

https://www.asfi.gob.bo/Portals/0/Documentos/Presentaciones/La_proteccion_de_los_consumidores.pdf, consultada el día 12 de septiembre de 2014 y FARRANDO MIGUEL, I.,

Por tanto, las buenas prácticas no son un concepto unívoco, invariable, estático, sino más bien una noción adaptable a la actividad bancaria, una actividad cuanto menos cambiante. Las buenas prácticas no constituyen normas imperativas sino que se configuran como criterios informadores de las conductas apropiadas y diligentes de las entidades de crédito. Ahora bien, en la elaboración de estas buenas prácticas se debe tener siempre presente la normativa sobre transparencia y protección de los consumidores.

La cuestión interesante aquí es la de determinar sobre qué organismo recae la competencia y responsabilidad de regular estas prácticas y si existe algún Código que las recoja. En la elaboración y determinación de qué actuaciones se consideran buenas prácticas es donde comprobamos la relación entre la actividad bancaria y las ADR. Precisamente, el DCMR es el encargado de resolver las reclamaciones que plantean los usuarios de servicios financieros. Esta tarea le permite determinar qué actuaciones constituyen una buena práctica, pero también cuáles son consecuencia de la mala *praxis*⁵⁷³. Todas las conclusiones son recogidas en la Memoria Anual, en el apartado correspondiente a los “criterios del Servicio de Reclamaciones”. En este sentido, nótese que cada año se presentan diferentes reclamaciones, que pueden coincidir o no en el fondo del litigio

“Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios de Consumo*, núm. 56, 2001, pp. 99-164.

⁵⁷³ ÁLVAREZ RUBIO, J., “Código de Buenas Prácticas Bancarias”, en AA.VV., *Contratación Bancaria. Tomo I*, dir. por ORDUÑA MORENO, F. J. y TOMILLO URBINA, J. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 497-527. A lo largo de este capítulo, el autor expone brevemente, tras su identificación como operación activa, pasiva o neutra, cuáles son las actuaciones o conductas de las entidades de crédito contrarias a lo que el Banco de España considera “buenas prácticas”, siendo comunes la mala *praxis* en lo que refiere a las comisiones, intereses, falta de diligencia y aportación de la información y documentación exigidas.

con las de años anteriores –pudiendo servir, en este último caso, como precedentes–. Esto en la práctica dificulta que dispongamos de un Código donde se recojan los criterios de conducta calificados como buenas prácticas bancarias, hallándose éstos repartidos entre las distintas Memorias del DCMR. Sin embargo, a nuestro juicio, este hecho presenta la gran ventaja de que estos criterios, algunos de ellos estandarizados y asentados ya en la diaria operatividad bancaria, pueden ser adaptados a las modificaciones introducidas en la normativa sobre transparencia y protección de consumidores, a la par que a las necesidades y cambios de la propia actividad bancaria.

Debe considerarse, en relación con nuestro sistema, que carecemos en España de un Código de Buenas Prácticas que abarque toda la actividad bancaria. Sin embargo, la flexibilidad que este sistema ofrece ha permitido elaborar y publicar dos Códigos de Buenas Prácticas, pero 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 por la que atraviesa nuestro país. En efecto, la primera de estas disposiciones es el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*⁵⁷⁴, que incorporó un Código de Buenas Prácticas, posteriormente modificado por la Ley 1/2013, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*.

De la coexistencia de ambos Códigos, debemos tener en cuenta la Disposición Transitoria Octava de esta Ley, según la cual “*Las entidades*

⁵⁷⁴ BOE núm. 60 de 10 de Marzo de 2012.

que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y no se adhieran a las modificaciones introducidas en el mismo por esta Ley seguirán obligadas en los términos de dicho Real Decreto Ley, en su versión originaria”. Así las cosas, en lugar de sustituir o modificar completamente el Código de Buenas Prácticas, en beneficio de la seguridad jurídica y protección de los deudores hipotecarios, ambos coexisten en nuestro sistema bancario en aquellos casos en los que la entidad de crédito adherida al Código en su redacción original de 2012 no acepte incorporar las modificaciones introducidas en 2013. Sin embargo, cabe señalar que casi todas las entidades de crédito de nuestro país se han adherido a este último Código de Buenas Prácticas.

Por su parte, en Reino Unido y Australia sí disponen de Códigos Bancarios que alcanzan todos los sectores de la actividad bancaria, aun cuando también los *Ombudsmen* elaboran y publican sus criterios de decisión a través de los Informes Anuales. A diferencia del Código australiano, el inglés es aplicable a bancos y sociedades de crédito a la vivienda, pero también a entidades de pago y entidades de dinero electrónico.

El Código bancario inglés fue elaborado en 1995, pero revisado en posteriores ocasiones. Se caracteriza por ser un Código de naturaleza voluntaria, al que las instituciones financieras pueden adherirse libremente pero, en caso de hacerlo, deben cumplir con las disposiciones en él contenidas, las cuales rigen las relaciones con los clientes.

El objetivo de este Código es definir cuáles deben ser las buenas prácticas bancarias, haciendo especial mención al trato con clientes con dificultades económicas. Al respecto del ámbito de aplicación, señalar que sus previsiones no afectan a los contratos de préstamos hipotecarios, inversiones, seguros, cuentas bancarias en divisas ni a los Bonos Premium, pero sí a las cuentas (corrientes, de ahorro y de depósito), a los servicios de pago, a los intercambios de moneda extranjera, a los créditos y las tarjetas (de crédito y de débito). En este sentido, resulta bastante similar a nuestro ordenamiento jurídico.

Con respecto al contenido del Código, en él se expone y especifica la forma en la que deben actuar las instituciones financieras en su trato con el cliente, tanto con anterioridad a celebrar cualquier contrato –siendo un potencial consumidor pero aún no cliente– como durante la relación contractual. A tal efecto, establece unos estándares de calidad en la atención prestada al cliente, así como del comportamiento y actitud que debe adoptar todo trabajador de la entidad financiera. Asimismo, trata de regular, para cada contrato aplicable, cuáles deberían ser las respuestas, esto es, cómo se debería actuar ante una situación concreta. A título de ejemplo, en el tan controvertido tema de las comisiones, se especifica que la entidad financiera debe informar de forma clara y precisa de los detalles de los importes que presumiblemente serán cargados a su cuenta por el mantenimiento de la misma o por cualquier operación que realice en relación al contrato principal. Sin embargo, lo que llama nuestra atención es la inclusión de disposiciones que regulan no la conducta de la institución financiera, sino la del propio cliente. Así, encontramos el ejemplo de lo que recomienda el Código hacer en caso de extraviar el talonario de cheques o incluso la tarjeta de crédito/débito. En concreto, el

consumidor debe poner dicha circunstancia al conocimiento de la entidad correspondiente, a través de los teléfonos habilitados al efecto.

Por otro lado, en relación con la resolución extrajurisdiccional de conflictos, el Código incluye unas mínimas referencias, pero a la vez fundamentales, sobre cómo actuar ante una conflicto. Así, se indica que en primer lugar debe acudir al departamento de reclamaciones de la propia entidad y, en caso de no estar conforme con la decisión o no haber recibido contestación transcurrido el plazo estipulado, se puede acudir al FOS (UK), sobre el cual deben informar las propias entidades.

Finalmente, respecto del régimen australiano⁵⁷⁵, en las relaciones banco-cliente rigen, actualmente, dos códigos importantes: el *EFT Code* y el Código de Buenas prácticas Bancarias (*Code of Banking Practice*)⁵⁷⁶. Sin embargo, en lo que aquí concierne, nos centraremos en este último. Se trata de un Código de conducta voluntario que sienta las bases y fija unos estándares de lo que se considera buenas prácticas bancarias que, en caso de adherirse, obliga a los proveedores de servicios financieros –*financial services providers*– a cumplir con las disposiciones en él establecidas en sus relaciones con consumidores que sean, o puedan llegar a ser, clientes personas físicas o jurídicas.

⁵⁷⁵ Con anterioridad regían hasta cinco códigos, todos ellos voluntarios, en las relaciones de los bancos con sus clientes: *Electronic Funds Transfer Code*, *the Australian Bankers Association Disclosure Standard for Personal Customers*, *the Banking Code of Practice for Farmers*, *Code of Banking Practice of Australian Bankers Association* y el *Guarantees Code*.

⁵⁷⁶ TYREE, A., *Banking Law in Australia*, *op. cit.*, pp. 404-410 y EDWARDS, R., *Banking Law in Australia*, LexisNexis, Australia, 2012, pp. 223-226.

Estamos ante un Código cuya última versión data de 2013⁵⁷⁷ y, por tanto, actualizado a las circunstancias actuales y a las características de la operatividad bancaria más reciente. Sin embargo, el documento original fecha de 2004⁵⁷⁸, cuya elaboración fue a cargo de la *Australian Bankers Association* (en adelante, ABA), si bien originariamente la tarea fue encargada a un grupo de trabajo integrado por representantes del Tesoro Federal, del *Reserve Bank of Australia*, de la *Trade Practices Commission* y del *Attorney-General's department*⁵⁷⁹.

Este Código es más que un Código de Buenas Prácticas, pues no solo establece una serie de obligaciones con la finalidad de mejorar la calidad del servicio y las líneas de actuación que deben seguir las entidades de crédito adheridas, sino también regula la creación y estructura de procedimientos específicos de solución de conflictos, a semejanza de nuestra Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, *sobre los departamentos de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras*, (en adelante, Orden ECO/734/2004).

Así, en primer lugar, fija unos estándares de actuación en las relaciones banco-cliente, referidas en su mayoría a la necesidad de dotar a los clientes, actuales y potenciales, de cuanta información sea requerida para una completa y óptima comprensión sobre los derechos y obligaciones que derivan de las relaciones contractuales, redactada en

⁵⁷⁷ Documento disponible en: <http://www.bankers.asn.au/Industry-Standards/ABAs-Code-of-Banking-Practice/Code-of-Banking-Practice-2013---Online-Version>, consultada el día 19 de julio de 2014.

⁵⁷⁸ Documento disponible en: <http://www.bankers.asn.au/Industry-Standards/ABAs-Code-of-Banking-Practice>, consultada el día 19 de julio de 2014.

⁵⁷⁹ WEERASOORIA, W. y WALLACE, N., *Banker-Customer. Resolving banking disputes*, Longman Business & Professional, Melbourne, 1995, pp. 133-136.

términos claros y comprensibles. Asimismo, es necesario publicar o, al menos proveer a instancia del cliente, los términos y condiciones de la contratación, de los cargos, comisiones y tipos de interés que puedan ser de aplicación al contrato y, además, entregar al cliente una copia de la documentación relativa al contrato, incluyéndose el clausulado general.

En segundo lugar, el Código, estructurado en seis secciones⁵⁸⁰, se centra en exponer cuáles deberían ser las respuestas que, ante una determinada circunstancia –que podría originar un conflicto–, deben ofrecer las entidades bancarias. Es la regulación de las buenas prácticas⁵⁸¹, para lo que distingue entre: tarjetas (disposición 21), en estrecha relación con los reembolsos⁵⁸² (disposición 22), la decisión de concesión de un crédito (disposición 27), las relaciones con los clientes en situación de dificultad económica (disposición 29), las garantías (disposición 31) y el cierre o cancelación de la cuenta de un cliente (disposición 33). Todas ellas cuentan con un denominador común: informar al cliente del contenido del contrato, así como de cualquier modificación posterior y de las consecuencias económicas de su contratación y, en su caso, de las jurídicas.

⁵⁸⁰ Son las que siguen: Pt A: *Introduction*; Pt B: *Key commitments and general obligations*; Pt C: *Disclosure*; Pt D: *Principles of Conduct*; Pt E: *Dispute Resolution, monitoring and sanctions* y Pt F: *Application and definition*.

⁵⁸¹ Para un análisis concreto del contenido de cada una de estas disposiciones, véase, TYREE, A., *Banking Law in Australia*, *op. cit.*, pp. 411-421.

⁵⁸² Se define un *chargeback* de la siguiente manera: “*A right which may be exercised in certain situations by a cardholder’s financial institution against a merchant’s institution, to charge back responsibility for a credit card transaction from the cardholder’s financial institution*”.

Aparte de la regulación de las obligaciones generales que toda entidad financiera adscrita al Código debe cumplir, se incluyen directrices de actuación en lo que se refiere a la transparencia y publicidad de la organización y contenido de los contratos así como algunas disposiciones relativas a los procedimientos de resolución de conflictos. En tal sentido, exige la concurrencia de dos procedimientos, uno interno y otro externo, designados por las siglas IDR (*Internal Dispute Resolution*) y EDR (*External Dispute Resolution*), respectivamente⁵⁸³. A mayor abundamiento, dentro de la propia organización del FOS (AU) se ha creado una unidad separada denominada *Code Compliance and Monitoring Committee*, sufragado por las asociaciones del sector y cuya función es administrar y supervisar el cumplimiento de los cuatro códigos de buenas prácticas existentes en el ordenamiento jurídico: el *Code of Banking Practice*, el *Mutual Banking Code of Practice*, el *General Insurance Code of Practice*⁵⁸⁴ y el *Insurance Broker's Code of Practice*. Aunque se trata de un grupo de trabajo independiente, en ocasiones trabaja conjuntamente con el *Code Compliance Committee*⁵⁸⁵.

En lo que concierne a los procedimientos, también coincide en la organización y estructura con nuestro sistema, pues se exige que los

⁵⁸³ Obligación establecida también en la s912A(2) y s1017G(2) de la *Corporations Act 2001*.

⁵⁸⁴ La última revisión de este Código se ha realizado recientemente, el 1 de julio de 2014, pero con un periodo de transición para los suscriptores del mismo de 12 meses –hasta el 30 de junio de 2015– para que realicen cuantos cambios y correcciones de sus líneas de actuación sean necesarias para adaptarlas al nuevo Código. Véase, 2012-2013 *Annual Report of the Code Compliance Committee* elaborado por *General Insurance Code of Practice*. Toda la información relativa a este Código está disponible en línea: <http://codeofpractice.com.au/>, consultada el día 21 de julio de 2014.

⁵⁸⁵ 2012-2013 *Annual Review FOS*, p. 94.

bancos implementen y desarrollen, como un servicio integrado en su estructura organizativa, un procedimiento de resolución de reclamaciones, que debe ser gratuito para los clientes. Pero, además, para aquellos casos en los que el cliente no esté conforme con la decisión emitida por la entidad financiera contra la que reclamaba, se ha organizado un organismo externo que actúa como segunda instancia y se encarga de revisar dicha decisión y emitir un dictamen. En la práctica, este servicio está realizado por el FOS (AU).

4.3. Decisiones previas del propio organismo extrajudicial decisor

Al igual que sucede en la vía judicial con la jurisprudencia, las decisiones previas pueden ser utilizadas en calidad de “precedente” del caso⁵⁸⁶ en consideración para justificar la postura mantenida por cualquiera de las partes⁵⁸⁷, pero también el sentido de la decisión final emitida. Téngase en cuenta, empero, que aunque puedan servir de precedente o de argumento, no condicionan en ningún caso la actual decisión del *Ombudsman* o del panel que deba resolver la controversia,

⁵⁸⁶ “(...) since the Ombudsman must do what he considers is fair and reasonable in all the circumstances of the case, and is not required to apply the law, his decision can have little if any, precedential value (...)”. *Bunney v. Burns Anderson Plc* [2007] EWHC 1240 (Ch); [2007] 4 All E.R. 246 (Ch D). Respecto de esta Sentencia, véase, GRAY, J., “Financial ombudsman’s statutory powers: successful High Court Challenge by financial adviser firms”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 15, núm. 4, pp. 487-491.

⁵⁸⁷ MACNEIL, I., “Consumer dispute resolution in the UK financial sector: the experience of the Financial Ombudsman Service”, *Law and Financial Markets Review*, noviembre 2007, p. 520.

pues no queda vinculado a su contenido y puede modificar su criterio si así lo determinan las circunstancias del caso⁵⁸⁸.

IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJURISDICCIONAL

Los conflictos de consumo son, en una gran proporción, resueltos por medios extrajurisdiccionales de solución de litigios. En orden a garantizar una adecuada protección de los consumidores que acudan a estas vías de tutela, en especial del *Ombudsman*, se hace necesario asegurar el cumplimiento de unos mínimos mediante los cuales se garantice “la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento, y la publicidad y la transparencia de la actuación”⁵⁸⁹. Así pues, debemos distinguir la obligación de respetar, por un lado, unos principios básicos o generales, regulados legalmente, y por otro, unos principios específicos que deben regir todo procedimiento de resolución de reclamaciones contra una entidad de crédito.

⁵⁸⁸ *Norwich and Peterborough Building Society v Financial Ombudsman Service Ltd*, [2002] EWHC 2379 Admin; [2003] 1 All ER (Comm) 65.

Al respecto de esta Sentencia, véase, NOBLES, R., “Rules, Principles and Ombudsmen: *Norwich and Peterborough Building Society v the Financial Ombudsman Service*”, *Modern Law Review*, vol. 66, 2003, pp. 781-791.

⁵⁸⁹ BARONA VILAR, S., “ADR en materia de consumo en la Unión Europea”, en AA.VV., *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, dir. por LORCA NAVARRETE, A. M., Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2001, p. 72.

1. Principios generales

Los principios básicos han sido definidos y regulados por el legislador europeo, con la finalidad de regir el funcionamiento y desarrollo de todo mecanismo ADR. Precisamente, esta serie de principios está recogida en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, en cumplimiento del Tratado de Maastricht, según el cual debe ofrecerse a los consumidores un elevado nivel de protección. Se afirma que los Estados miembros han de realizar *"una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores"*, constituyendo pues el artículo 129 A el marco jurídico indiscutible que permite proseguir la política de los consumidores.

Esta Recomendación se entiende referida solamente a los procedimientos que, independientemente de su denominación, conducen a la resolución de un litigio mediante la intervención activa de un tercero que propone o impone una solución, y no cubre los procedimientos que simplemente pretenden acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo.

Asimismo, resulta significativo que utilice la expresión "decisión" en un sentido amplio, no restringiendo ningún procedimiento en función del valor de dicha "decisión" del órgano extrajudicial, debiendo respetarse estos principios tanto en aquellos procedimientos donde tal dictamen pueda tener un efecto obligatorio para las partes, donde se limite a tener carácter de mera recomendación o, finalmente, donde se trate de propuestas de transacción que deban ser aceptadas por las partes.

Esta Recomendación fue posteriormente complementada con la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001,

*relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo que no cubre la Recomendación 98/257/CE*⁵⁹⁰, (en adelante, Recomendación 2001/310/CE), que presenta ciertas diferencias en cuanto a los principios establecidos, por cuanto resulta aplicable a los métodos de solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo en los que el tercero pretende acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo, sin que el tercero ofrezca solución vinculante alguna. Básicamente resulta de aplicación a la técnica de la mediación, en donde el mediador es un mero facilitador de la solución, pero carece de potestad y habilitación para ofrecer una solución. Además, excluye de su ámbito de aplicación los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, quedando pues fuera de su ámbito los Defensores del Cliente de las propias entidades de crédito.

Por otra parte, es de sobra sabido el peso que están adquiriendo los mecanismos ODR en un mundo globalizado y tecnócrata como el nuestro. En igual sentido a la adaptación de las “clásicas” ADR a un mundo virtual del consumo *online*, también se ha llevado a cabo una redefinición de los principios reguladores del funcionamiento de los mismos. Estos principios han quedado recogidos en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*⁵⁹¹, (en adelante,

⁵⁹⁰ DO L 109, de 19 de abril de 2001.

⁵⁹¹ DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

Directiva 2013/11/UE). El objetivo de esta nueva Directiva es contribuir al buen funcionamiento del mercado interior garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de conflictos que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Ello sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que ésta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial (artículo 1).

Esta Directiva viene a complementar la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, estableciendo que será de aplicación en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de conflictos, que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa. Por el contrario, no será aplicable a los procedimientos desarrollados ante sistemas de tramitación de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante.

Es importante destacar que mantiene todos los principios de las Recomendaciones anteriores excepto los principios de contradicción, legalidad y representación. Al igual que sucede en dichas Recomendaciones, en esta Directiva tampoco se recoge expresamente el principio de confidencialidad. Sobre esta nueva Directiva y las implicaciones jurídicas de los principios en ella contemplados, véase, por todos, RALUCA STROIE, I., “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 231-234 y HÖRNLE, J., “Encouraging online alternative dispute resolution (ADR) in the EU and beyond”, *European Law Review*, 2013, pp. 195-200.

Esto quiere decir que las disposiciones de esta Directiva no serán aplicables a los Servicios de Atención al Cliente o IDR previstos por las propias entidades bancarias, pues no solo están gestionadas por ellas sino que las personas físicas encargadas de resolver las reclamaciones y quejas ante ellos presentadas son trabajadores de las propias entidades de crédito, pero sí ante el DCMR del Banco de España.

Así las cosas, los principios básicos⁵⁹² y fundamentales que todo mecanismo de solución extrajudicial creado y desarrollado por un Estado miembro debe respetar y, por ende, también el *Ombudsman*, son los siguientes:

1.1. Principio de independencia

Se trata de un principio de carácter subjetivo, mientras que el resto constituyen principios procedimentales. Las consecuencias de este principio de independencia recaen sobre el órgano responsable de la toma de decisión. Además, siempre va de la mano de la exigencia de imparcialidad del tercero en el momento de gestionar el conflicto o de ofrecer una solución que ponga fin al mismo, de la ausencia de una

⁵⁹² Sobre estos principios y las medidas que deben adoptarse para su efectiva garantía, véanse, por todos, BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 332-335; MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica Española. La Ley*, tomo 3, 2006, pp. 1637-1654 y BARONA VILAR, S., “ADR en materia de consumo en la Unión Europea”, en AA.VV., *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, op. cit., pp. 75-82 y 92-94.

parcialidad que menoscabe el derecho a una tutela efectiva de cualquiera de las partes.

La imparcialidad e independencia son notas definitorias del carácter que debe poseer el *Ombudsman* bancario para poder aceptar y desempeñar correctamente y como se espera sus funciones⁵⁹³. En numerosas ocasiones los términos independencia e imparcialidad se utilizan indistintamente, pero debemos precisar que no tienen las mismas connotaciones. La independencia es “una situación de hecho o de derecho, susceptible de verificación objetiva. La imparcialidad, por su parte, es más un estado mental, que será necesariamente subjetivo. La imparcialidad es por supuesto la cualidad esencial que se requiere de un juez”⁵⁹⁴. Así las cosas, la imparcialidad refiere al objeto mismo de la controversia, al prejuicio que sobre el mismo pudiera tener el Defensor del Cliente o el *Ombudsman*, mientras que la independencia hace referencia a la

⁵⁹³ WELCH, K. A., “No Notice Is Good News: Notice under the New Ombuds Standards for the Establishment and Operation of Ombuds Offices Note”, *Journal of dispute Resolution*, 2005, p. 194 y SANDEFUR, R. L., “Symposium issue: Civil legal representation and access to justice. Breaking point or opportunity for change: «The Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidence»”, *Seattle Journal for Social Justice*, núm. 9, p. 84.

⁵⁹⁴ FOUCHARD, P., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 564.

Aunque referida al arbitraje, también en la jurisprudencia encontramos una definición que engloba ambas nociones. “[L]a independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes. La imparcialidad supone la inexistencia de causa o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar, fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral”. SAP Madrid, Sección 12ª, núm. 506/2011, de 30 de junio de 2011, F.J. 8º (Rec. 3/2009). (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ\2011\347818).

preexistencia de relaciones con las partes. Entendemos que debe tratarse de una independencia funcional, debiendo emitir la decisión sin estar sometido a presiones, coacciones, etc., aunque también suele exigirse una independencia orgánica con respecto de las entidades de crédito, lográndose así una independencia *quasi* absoluta.

Todo ello supone en la práctica el establecimiento de unos límites o restricciones que garanticen la independencia del órgano extrajudicial de solución de litigios, no implicando, empero, el establecimiento de unas garantías equivalentes a las vigentes en el sistema judicial para garantizar la independencia de los jueces, pues este sistema judicial presenta mayor rigidez en comparación con las técnicas ADR.

La propia Recomendación de la Comisión 98/257/CE enumera diversas medidas que deben ser tenidas en cuenta para considerar si la actuación del órgano extrajudicial decisor ha cumplido con la exigencia de imparcialidad y, por ende, ha quedado garantizado el principio de independencia. Así pues, debemos distinguir las medidas en función de la composición del propio órgano.

Por un lado, cuando el órgano responsable de emitir la decisión sea unipersonal, la imparcialidad únicamente podrá venir garantizada si se demuestra su independencia así como el cumplimiento de otros requisitos subjetivos tales como estar en posesión de las cualificaciones necesarias para poder conocer del litigio concreto y objetivos como demostrar que actúa sin sometimiento a ningún órgano jerárquicamente superior ni a otro tipo de entidad, corporación o asociación que le impida decidir de manera autónoma. A tal fin se disponen algunas exigencias que sirven de garantía de dicha independencia e imparcialidad, como por ejemplo que el mandato

sea por un periodo de tiempo suficiente para poder desempeñar correctamente sus funciones, sin poder ser destituido sin causa justa, evitando así la discrecionalidad en su posible remoción. Asimismo, cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones. Así se garantiza la imparcialidad y se evitan decisiones discrecionales cuya base sea la relación preexistente entre la empresa y el responsable decisor, que no tiene por qué ser favorable a la empresa o asociación, debiéndose evitar también cualquier decisión perjudicial basada en una relación previa de animadversión.

Por otro lado, cuando la decisión se adopte de forma colegial, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios antes enunciados.

Finalmente, debe imponérsele al *Ombudsman* una obligación, con el objetivo de evitar cualquier conflicto de interés con las partes –algo posible tratándose de entidades de crédito–. Esta obligación debe consistir en la revelación de cualquier circunstancia que pudiera afectar a su independencia e imparcialidad o dar lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes en el litigio cuya resolución se les solicite. Las circunstancias que deben revelar son semejantes a las estipuladas para un procedimiento arbitral. Precisamente, deben revelar la existencia de un interés financiero directo o indirecto en el resultado del procedimiento, de cualquier relación personal o mercantil con una o más de una de las partes durante un periodo previo a la asunción del cargo, entre otras.

1.2. Principio de transparencia

La Recomendación relaciona este principio de transparencia con la necesidad de proveer a las partes del litigio información acerca del desarrollo del procedimiento y de las distintas decisiones que se toman a lo largo del mismo. Aunque la información debería ser remitida a las partes de oficio, normalmente el órgano extrajurisdiccional responsable de la decisión remite una determinada información a instancia de parte. Asimismo, con carácter general, ambas partes deberían disponer de la misma información y documentación, pues ello contribuiría a lograr mayor transparencia y, sobre todo, serviría para mantener el equilibrio de poder entre ambas partes que resulta inexistente en la relación contractual origen del conflicto.

El derecho a la información es uno de los pilares de la legislación bancaria, pues está intrínsecamente unido con un deber impuesto a los empresarios: el deber de transparencia⁵⁹⁵. Ahora bien, ¿qué implica este derecho a la información? ¿Con qué fin? Pues bien, la razón es simple: asegurar el buen funcionamiento del mercado, esto es, proteger la estabilidad de las empresas que operan en el sistema financiero y defender el interés de la clientela⁵⁹⁶, fomentando así la libre competencia como consecuencia de la provisión de toda la información y documentación precisa para que el consumidor pueda tomar una decisión racional. De igual forma se facilita la supervisión, control y vigilancia bancaria.

⁵⁹⁵ OMBUDSMAN BANCARIO, *La risoluzione delle controversia tra branche e clienti consumatori: L'attività dell'Ombudsman nel 2003 con il massimario e le motivazioni delle decisioni di maggiore interesse*, Edibank, Roma, 2004, pp. 192-193.

⁵⁹⁶ ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Ordenación bancaria*, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pp. 289-290.

La importancia de este deber de transparencia ha quedado reflejada en la normativa que sobre transparencia bancaria se ha producido⁵⁹⁷, justificada en gran medida por la asimetría informativa entre la entidad de crédito y el usuario de servicios financieros, que puede traer como consecuencia un desajuste en el funcionamiento de los mercados⁵⁹⁸, debiendo centrar sus actuaciones, de conformidad con las facultades reglamentarias previstas por el ahora derogado 48.2 de la LDIEC en las siguientes áreas: contratos bancarios, tarifas, publicidad de las operaciones, publicación oficial de determinados índices o tipos de interés de referencia y las especialidades de la contratación electrónica. Normativa que queda sujeta al control y supervisión del propio Banco de España, debiendo garantizarse una información apropiada y fiable sobre los productos y el funcionamiento de los mercados, con el fin de evitar que la complejidad de los contratos bancarios sirva de justificación para la falta de transparencia y publicidad⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Esta normativa es consecuencia, en parte, del esfuerzo comunitario que, desde la Comunicación de la Comisión *Aplicación del marco para los mercados financieros*, gracias a la cual se puso en marcha el llamado *Financial Services Action Plan* [COM (1999) 232 final], se está realizando en defensa de la transparencia y protección de los consumidores. En el marco de este Plan de Acción de 1999 se dictó, entre otras, la Directiva 2004/109/CE, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado. Posteriormente, también se publicó el Libro Blanco sobre Política de los servicios financieros [COM (2005) 629 final].

⁵⁹⁸ Memoria del SRBE de 2012, p. 57. En las páginas siguientes se recoge la evolución de la normativa sobre transparencia de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁹⁹ “La falta de transparencia en las operaciones financieras ha sido uno de los factores clave que contribuyeron a la crisis actual. Es cierto que, con frecuencia, se ha utilizado la complejidad de los contratos financieros como una excusa para justificar la falta de transparencia”. ZELAIA ULIBARRI, A., “Política de defensa del usuario de servicios financieros. Bases conceptuales”, *Boletín JADO*, año IX, núm. 20, 2010, pp. 202-203.

De toda la normativa sobre esta materia vigente en nuestro sistema jurídico, destacamos la Orden de transparencia y protección de 2011, cuyo ámbito de aplicación se reduce a las personas físicas, con independencia de la finalidad con la que contraten los servicios⁶⁰⁰. Y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, *sobre transparencia de servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*⁶⁰¹ que desarrolla las disposiciones de la Orden anterior. Coincide con la Orden anterior en su ámbito de aplicación, pero aquí también quedan incluidas dentro del concepto de clientes las comunidades de bienes, comunidades de herederos, herencias yacentes y figuras similares, con la condición de que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas.

También en Reino Unido se debe cumplir con las especificaciones del *Financial Services Bill*, siendo una de las medidas que garantizan la transparencia la publicación del contenido de las decisiones del *Ombudsman*⁶⁰². Sin embargo, y he aquí una de las grandes y más

⁶⁰⁰ TOMÁS MARTÍNEZ, G., y GÓMEZ URQUIJO, L., “La Orden Ministerial de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: un ejemplo del nuevo marco de confianza en el sistema financiero europeo”, en AA.VV., *Retos del Derecho en una economía sin fronteras*, dir. por GÓMEZ, F., HERRÁN, A. y ATXABAL, A., Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 65-72; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, 2011, pp. 279-284 y GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “Protección de clientes bancarios”, *Revista del Colegio de Abogados de Bizkaia*, núm. 206, 2011, pp. 12-13.

⁶⁰¹ Una de las principales novedades introducidas por esta Circular, recogida en el Capítulo II, es la exigencia a las entidades de crédito de poner a disposición de los clientes toda información relativa a los tipos de interés y comisiones, en sustitución de las actuales declaraciones del tipo preferencial, para lo cual se ha elaborado un documento homogéneo en beneficio de la seguridad jurídica.

⁶⁰² FOS, “Transparency and the Financial Ombudsman Service”, de septiembre de 2011 y de enero de 2012. Documentos disponibles en: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/policy-statements/publishing-decisions-sep11.pdf> y

importantes diferencias entre el modelo anglosajón y el español, es la publicación de una considerable cantidad de documentación⁶⁰³, pero no solo de las decisiones emitidas, sino también de informes independientes, de guías para el consumidor de contenido teórico-práctico, noticias sobre las novedades legislativas y modificaciones en las líneas de actuación, formularios y demás documentos que faciliten al usuario de servicios financieros el conocimiento de este organismo extrajurisdiccional de solución de controversias.

Así las cosas, este principio de transparencia, en un sentido general y amplio, se concreta, por un lado, en una obligación informativa o divulgativa al órgano competente, exigiéndole la publicación de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados. Ahora bien, hay que tener en cuenta que solamente se estipulan unos mínimos, lo que deja un margen de libertad para decidir qué otro tipo de información es incluido en estos informes.

En este sentido, si comparamos las Memorias o Informes anuales de los tres organismos aquí analizados –DCMR, FOS(UK) y FOS(AU)–, observamos grandes diferencias. Así, los informes del DCMR han sufrido una transformación impactante en los últimos años, debido en parte a la normativa sobre transparencia bancaria. Vemos que no solamente son mucho más extensos, alcanzando las casi 430 páginas, sino que incluyen

<http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/consultations/Publishing-decisions-summary-2012.pdf>, respectivamente, consultadas el día 21 de julio de 2014.

⁶⁰³ LAVILLE, R., “Open justice at the FOS”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 27, núm. 9, octubre de 2012, pp. 570-571 y SMITH, H., “Financial regulatory developments”, *Law and Financial Markets Review*, vol. 3, núm. 3, mayo de 2009, p. 297.

toda clase de información, desde la normativa vigente (haciendo un breve repaso a la regulación anterior) hasta los criterios utilizados para emitir una decisión sobre la reclamación o queja planteada, pasando obviamente por un análisis explicativo y estadístico de los tipos de controversias y sus posibles causas. Información muy valiosa que es incorporada en un mismo documento. Por su parte, las Memorias del FOS, tanto inglés como australiano, son más breves pero están focalizadas en la explicación y análisis (también estadístico) de los conflictos surgidos, de sus causas y de los criterios utilizados. Sin embargo, el Informe del organismo australiano, aun siendo el más breve de los tres, nos resulta mucho más didáctico, pues le han otorgado una gran importancia al contenido visual, esto es, a las gráficas, tablas, cuadros... incluso para explicar el procedimiento a seguir. Todo ello hace que, para un consumidor medio, sea inteligible y comprensible la información en el informe contenida. Destaca la inclusión de un breve currículum de los miembros del Gobierno Corporativo de este *Ombudsman* y los principios por los que se rige.

Por otro lado, otras medidas a adoptar para garantizar la transparencia del procedimiento residen en la comunicación por escrito, o en cualquier otro soporte duradero, a cualquier persona que lo solicite, de la información siguiente:

- Una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano, así como los límites que puedan existir en relación con la cobertura territorial y el valor del objeto de los litigios.
- Su participación en redes de entidades de resolución alternativa de conflictos transfronterizos.

- Las normas relativas a la consulta del órgano, incluidas, en su caso, las gestiones previas impuestas al consumidor, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del procedimiento.
- El posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas al reparto de los costes con posterioridad al procedimiento.
- El tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales, equidad, códigos de conducta, etc.).
- Las modalidades de toma de decisión en el órgano. En este sentido, las partes tienen derecho a ser informadas de las decisiones adoptadas y de sus motivos.
- El valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, para el profesional o para las dos partes. Si la decisión tuviera carácter obligatorio, deberán precisarse las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la decisión. Lo mismo se aplica a las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

Asimismo, los órganos extrajudiciales pueden decidir no solo sobre la base de disposiciones legales, sino también con equidad y basándose en códigos de conducta. Es decir, pueden resolver bien en derecho, bien en equidad o rigiéndose según “su leal saber y entender”, sirviéndose para ello de los Códigos de Conducta, Códigos de Buenas prácticas, etc. Esta posibilidad es un reflejo de la flexibilidad inherente a todos los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, pero

acentuada en sede del *Ombudsman*, en donde más que en disposiciones legales y reglamentarias, sus decisiones se fundan en lo que los órganos supervisores consideran buenas prácticas y usos bancarios, no restringiendo las medidas a adoptar a meras disposiciones jurídicas que quizás en la aplicación práctica y dada la complejidad de la materia y diversidad de circunstancias no sean adaptables y, por tanto, eficaces, resultando a largo plazo ineficaz un procedimiento muy válido.

Ahora bien, no debemos confundir esta flexibilidad del procedimiento con discrecionalidad en sentido de arbitrariedad, pues toda decisión debe estar suficientemente fundada y motivada en normas legales o en las buenas prácticas, sin que ello pueda suponer una disminución del nivel de protección de los consumidores en comparación con la protección que, respetando el Derecho comunitario, los garantizaría la aplicación del Derecho por los tribunales.

Este principio de transparencia de la actividad de los órganos de solución extrajudicial de conflictos deviene fundamental para afianzar la confianza de los consumidores. Sin embargo, en el ámbito bancario se convierte en un arma peligrosa frente a la que se debe actuar con cautela. En efecto, una de las medidas a adoptar por todos los *Ombudsmen* es la publicación de la memoria anual a la que hemos aludido *supra*, en donde se recojan y evalúen los resultados obtenidos así como el contenido de las decisiones dictadas. A nuestro juicio, esta publicación puede convertirse en un arma de doble filo por cuanto esta publicidad de las actuaciones y políticas o directrices en la toma de decisiones deviene fundamental para el buen funcionamiento del mercado crediticio y del propio mecanismo de solución de controversias, así como para la supresión de suspicacias y reticencias de los consumidores respecto de las

posibles consecuencias jurídico-económicas pero, sin embargo, puede tener consecuencias fatales para el consumidor si no se lleva a cabo con la prudencia y diligencia debidas. Téngase en cuenta que, en el ámbito de la contratación bancaria, se maneja información sensible y vulnerable de ser utilizada de forma fraudulenta. De ahí la imposición de un deber de secreto y de confidencialidad de las entidades de crédito (el llamado secreto bancario) sobre los datos en su haber relativos tanto al cliente como a las operaciones y transacciones que realiza.

Así las cosas, la dificultad aquí estriba en lograr un equilibrio entre esta medida que garantiza el principio de transparencia y el deber de secreto de las entidades de crédito. Pues bien, la solución pasa por no publicar toda la información que haya podido ser revelada durante el procedimiento en sede del *Ombudsman* sino que, a través de la exposición objetiva de los hechos y circunstancias que llevaron al conflicto, seleccionar aquella información relevante que sirva de justificación de la decisión favorable o contraria a las pretensiones contenidas en la reclamación, pero siempre salvaguardando la identidad y datos del cliente concreto.

No obstante, salvadas estas dificultades, nos parece que estos informes, que aunque comparten unos mínimos difieren en su estructura y extensión según el organismo que los elabora, nos parecen de gran utilidad puesto que en ellos se incluyen ejemplos de casos que nos proporcionan una visión interna del funcionamiento de este procedimiento extrajudicial y de su realidad con datos, reflejados en gráficas, tablas y cuadros. Precisamente, y gracias a estos informes, hemos podido comprobar que, tras el inicio de la crisis económica, el número de quejas y reclamaciones se ha visto considerablemente incrementado. Esta situación hace que

estimemos imprescindible seguir fomentando el uso de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, tanto en el sector bancario como en otros ámbitos igualmente complejos. Y ya no solo porque sean una vía más rápida que la judicial o reporten ventajas en términos de costes, sino porque permiten a los consumidores acudir a un experto en temas bancarios.

A nuestro juicio, los defensores del cliente bancario han realizado, y continúan hoy en día haciendo, una labor realmente positiva y beneficiosa, tanto para los clientes como para los bancos. Les permite comprobar cómo funciona realmente el mercado bancario, los conflictos que pueden surgir y los criterios seguidos para su solución. Por ello, entendemos que su labor tiene repercusiones en un doble sentido: por un lado, permite disminuir la litigiosidad mediante la resolución de los problemas que surgen entre las instituciones bancarias y sus clientes y, por otro lado, provee a estos consumidores de servicios y productos bancarios de un sistema ágil y rápido de resolver los conflictos. Y todo ello mediante un procedimiento muy sencillo y flexible, que hace que resulte mucho más atractivo que el proceso judicial e incluso que otros métodos ADR.

1.3. Principio de contradicción

La garantía de este principio es fundamental para poder ofrecer una tutela adecuada. El procedimiento debe brindar la posibilidad a todas las partes, tanto entidad de crédito como usuario de servicios financieros de dar a conocer su punto de vista, alegando todo cuanto consideren oportuno en relación con los hechos, así como tener conocimiento de la postura de la parte contraria y de los hechos y circunstancias expuestos por la misma.

Asimismo, en caso de que sea necesaria la intervención y participación de expertos o peritos, las partes deberán tener acceso a las declaraciones que realicen. Ahora bien, este derecho a ser oído no implica necesariamente una audiencia oral de las partes ante el *Ombudsman*, pues normalmente las comunicaciones y transferencia de la información se realiza por escrito y, en caso necesario, por teléfono, pero no se requiere la presencia del cliente ni del representante de la entidad de crédito para mostrarles o entregarles la documentación que conste en el expediente del caso.

1.4. Principio de eficacia

El principio de eficacia es una de las grandes ventajas y atractivos de los mecanismos ADR, en oposición a la vía judicial. La eficacia se mide en términos de coste y duración, presentando una relación inversa. En efecto, a menor coste y menor tiempo empleado en el desarrollo del procedimiento, mayor eficacia percibida.

Ahora bien, debemos concretar qué medidas son necesarias para garantizar que estos organismos extrajudiciales de solución de conflictos bancarios sean eficaces. Esta eficacia quedará asegurada por medidas que garanticen el acceso del consumidor al procedimiento, siendo potestativa la representación y asistencia jurídica, esto es, no pudiendo exigir al consumidor ser parte asistido por un abogado.

En concreto, se deben fijar unos plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión –evitando dilataciones indebidas o que puedan resultar excesivas–; se debe asegurar la disponibilidad de toda la documentación y formularios en la página web o en otro sitio de internet, pero *online*, de forma que resulte de fácil acceso,

así como debe encargarse de la notificación a las partes de la correcta recepción de toda la documentación, además de cualquier incidencia con la tramitación de la reclamación, bien sea el requerimiento de mayor información, bien sea la necesidad de extender el plazo fijado debido a la complejidad del fondo de la reclamación.

También se garantizará la eficacia a través de la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados, en cuyo caso el precio será simbólico y, por último, mediante la atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio, especialmente porque las partes actúan sin asesoramiento jurídico.

Aunque hablaremos de ellos posteriormente, adelantamos que el procedimiento del *Ombudsman* es bastante eficaz según estos parámetros. Precisamente, se trata de un procedimiento gratuito para los usuarios financieros, además de tener estipulados unos plazos muy cortos entre la presentación de la reclamación y la emisión de la decisión por el Defensor del Cliente u *Ombudsman*, pues en algunos casos no superan los seis meses.

En suma, un *Ombudsman* financiero efectivo reportará grandes ventajas y beneficios al sector, ya que cuando un sistema funciona, el grado de confianza que depositan en él los consumidores también se eleva. En efecto, ante cualquier problema, son concedores de la existencia de un procedimiento específico que tramitará su reclamación y queja y les remitirá una solución, pero con el valor añadido de tratarse de un organismo independiente y con profundos conocimientos en la materia a tratar. Asimismo, si se logra mantener la flexibilidad del procedimiento

pero también su celeridad, los consumidores optarán por esta vía de tutela antes que por la vía judicial, por ejemplo. A mayor abundamiento, un procedimiento eficaz, si está bien organizado, puede reportar grandes ventajas por la eficiente gestión de los recursos –tangibles e intangibles–, minimizando los costes generados pero también en cuanto a las consecuencias y repercusiones de las decisiones emitidas. El *feedback* del análisis de los conflictos, sus causas y consecuencias, puede ser esencial para mejorar la futura regulación del sector, mejorándose al mismo tiempo el funcionamiento del mercado en general.

1.5. Principio de legalidad

La formulación de este principio supone que, ante la concurrencia de un conflicto, el consumidor no puede ver mermados sus derechos garantizados por las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano extrajudicial de solución de conflictos. En aquellos supuestos en que concurra un elemento transfronterizo la decisión del órgano no podrá comportar la privación de la protección del consumidor, dado que la misma viene garantizada por las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual.

El cumplimiento de esta exigencia de legalidad incide igualmente en la decisión, que deberá comunicarse por escrito, o por cualquier otro medio pertinente y apropiado a las partes interesadas para su conocimiento, y siempre en el menor plazo posible. En todo caso, siempre deberá estar motivada.

1.6. Principio de libertad

Este principio de libertad no es sino el que inspira el denominado principio de autonomía de la voluntad de las partes o principio de voluntariedad, constituyendo, el más claro reflejo del carácter consensual de las ADR. La esencia de las ADR se basa en esa idea de libertad, que lleva a decidir acudir a estos medios y no a la vía jurisdiccional y a los tribunales de justicia.

El ejercicio de esta libertad se engarza directamente con la vinculación que pueda alcanzar la decisión que se exprese en estos medios ADR amén de la posibilidad o no de acudir a la vía judicial con posterioridad. Ente este sentido, en primer lugar, consideramos que la decisión que se adopta por el tercero en estos procedimientos será vinculante solo si las partes han sido previamente informadas y la hayan aceptado, de modo que la vinculatoriedad se halla condicionada a su previa aceptación de las partes (es fuerza jurídica contractual a la postre). Ahora bien, una característica de las ADR es su complementariedad con el proceso judicial, por lo que el citado carácter obligatorio o vinculante de dicha decisión no debe suponer, *per se*, la exclusión automática del acceso a la vía judicial para obtener una tutela efectiva respecto del conflicto planteado previamente en una vía ADR como el *Ombudsman*.

1.7. Principio de representación

Aunque anteriormente hemos indicado que la representación y defensa es potestativa y no imperativa en estos procedimientos, y con mayor razón ante el *Ombudsman*, no se podrá privar a las partes en el procedimiento del derecho a hacerse representar o acompañar por un

tercero en todas las etapas del procedimiento. Así pues, la decisión de acudir al procedimiento asesorados o representados recae sobre las propias partes, si bien las disposiciones normativas o reglamentarias que rijan el procedimiento en concreto no pueden estipular lo contrario, es decir, ni obligar a que las partes acudan representadas, ni prohibirles hacerlo.

La razón por la que no es necesaria la exigencia de representación y defensa en estos procedimientos se debe en gran medida a la flexibilidad, la ausencia de grandes formalidades procedimentales y a la ausencia de dificultades en la presentación y tramitación de las reclamaciones o demás trámites como alegaciones posteriores. Esta es una gran ventaja con respecto al proceso judicial, pues es posible no incurrir en gasto alguno ni en la representación ni en el propio procedimiento.

Ello no es óbice a que, algunas veces, e independientemente del objeto y del valor del litigio, las partes, y en particular el usuario de servicios financieros como parte débil del contrato, puedan necesitar la asistencia y los servicios jurídicos de una tercera persona para defender y proteger mejor sus derechos, aunque en la práctica el procedimiento es bastante sencillo y comprensible por un usuario medio.

1.8. ¿Principio de confidencialidad?

Todos son principios consagrados y exigidos para su garantía por los Estados miembros. No obstante, creemos que el legislador debería haber incluido otro principio que deviene fundamental para el buen desarrollo del procedimiento y que le es innato: el principio de confidencialidad, pero que, como observamos, no ha sido considerado en ninguna de las Recomendaciones. A pesar de esta ausencia, merece destacarse que la

práctica totalidad de las normas y reglamentos que desarrollan cualquier procedimiento ADR, consideran la confidencialidad como uno de los principios básicos o rectores del mismo. Prueba de cuanto decimos es precisamente que se establecen los mecanismos para su exigibilidad y las respuestas que, ante su incumplimiento, pueden aplicarse, siendo que se eleva a la categoría de obligación de los sujetos intervinientes o deber de los terceros que intervienen en la dirección del mismo.

Consideramos fundamental la confidencialidad o secreto de todo cuanto acontezca durante el desarrollo del procedimiento, ya sea conciliación, mediación..., con la finalidad de salvaguardar las garantías de un ulterior proceso judicial. Así las cosas, este deber u obligación de secreto, salvo disposición en contrario de las propias partes, deberá afectar a todas las fases del procedimiento, así como a los sujetos intervinientes o participantes del mismo, esto es, tanto a las propias partes en conflicto como al tercero imparcial.

El propio Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil⁶⁰⁴, de 2002, se hace eco de la importancia que adquiere la obligación de confidencialidad, concretamente en sus apartados 79 a 82. A mayor abundamiento, recomienda que cuando la ADR no sea fructífera el tercero no debería ser citado como testigo, ni siquiera intervenir, en un ulterior proceso o en el mismo procedimiento por ejemplo como árbitro –en caso de estar ante una técnica Med-Arb–. No obstante, no estamos ante un principio absoluto, sino relativo, pues puede quedar limitado a lo que las

⁶⁰⁴ COM (2002) 196 final.

propias partes estipulen. En efecto, de conformidad con el principio de libertad o autonomía de la voluntad, las partes pueden convenir lo contrario, permitiendo que el tercero intervenga en un proceso civil posterior o desvele información que haya sido expuesto por las partes en el procedimiento ADR. En suma, también en este principio la prevalencia de la voluntad de consuno de las partes ofrece una moldeabilidad del mismo.

2. Principios específicos

El *Ombudsman* o Defensor del Cliente debe velar, en beneficio de la tutela y protección de los intereses del cliente, para que las relaciones banco-cliente se lleven a cabo garantizándose los principios de buena fe y equidad, pero tratando de generar y mantener un clima de confianza. En este sentido, el marketing relacional⁶⁰⁵, que en las últimas etapas ha sido empleado por muchas instituciones bancarias, ha jugado un papel fundamental, pues el cliente –considerado, a la postre, como una cifra más

⁶⁰⁵ “La empresa debe ser capaz de crear relaciones de lealtad con sus clientes, sustentadas en la confianza y búsqueda de soluciones que creen un nivel de satisfacción global en el cliente difícilmente igualable por los competidores”. BARRUTIA LEGARRETA, J. M. y ECHEBARRÍA MIGUEL, C., “Banca de Relaciones: de la declaración de intenciones a la implantación real”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2737, 2002, p. 14.

Véanse, también, CASTELLÓ MUÑOZ, E., “La protección del cliente de servicios financieros”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pp. 70-71. Del mismo autor, “La apuesta por la calidad en el sector bancario español”, *Boletín de estudios económicos*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 157, vol. LI, 1996, pp. 47-66; LUNAS DÍAZ, M. J., *El usuario frente a la banca. Claves para mejorar nuestra relación con las entidades de crédito*, Arguval, Málaga, 2007, pp. 9-37; DYCHÉ, J., *The CRM Handbook: A Business Guide to Customer Relationship Management*, Addison-Wesley Professional, EE.UU., 2004; HOWCROFT, B., HEWER, P. y DURKIN, M., “Banker-Customer Interactions in Financial Services”, *Journal of Marketing Management*, núm. 19, 2003, pp. 1001-1020 y PEPPARD, J., “Customer Relationship Management (CRM) in financial services”, *European Management Journal*, vol. 18, núm. 3, 2000, pp. 312–327.

para la entidad de crédito-, ha dejado de ser serlo en exclusiva. Ello ha supuesto que se conceda mayor importancia a las relaciones que se puedan crear y mantener con el cliente, con la finalidad de que esa confianza generada se transforme en fidelidad a dicha entidad bancaria y ello en una mayor efectividad y productividad⁶⁰⁶.

Asimismo, como analizaremos *infra*, la confianza de los consumidores y la credibilidad de las instituciones bancarias en este sentido viene en parte garantizada por la implantación y desarrollo de un buen sistema de solución de reclamaciones y quejas que pudieran presentar los clientes, pues la eficiencia y eficacia en solventarlos de una forma ágil y satisfactoria –lo cual no tiene por qué implicar que deba darse la razón al cliente, sino que la decisión debe estar justificada– genera una respuesta positiva en el cliente, sintiéndose mucho más cómodamente protegido.

Por otra parte, como sistema ADR, deben cumplirse también los principios de la propia Recomendación de la Comisión 98/257/CE, así como las de la Directiva 2013/11/UE, y que en todo caso vienen recogidos en las disposiciones normativas y reglamentarias que desarrollan las diferentes figuras de los *Ombudsmen*, con independencia de su denominación como Defensor del Cliente, *Médiateur*, etc.

Sin embargo, además de estos principios, anteriormente expuestos con algunas especificaciones para esta institución, es exigible el cumplimiento de otros específicos para las funciones que desempeñan en

⁶⁰⁶ KRASNIKOV, A., JAYACHANDRAN, S., Y KUMAR, V., “The Impact of Customer Relationship Management Implementation on Cost and Profit Efficiencies: Evidence from the U.S. Commercial Banking Industry”, *Journal of Marketing*, 2009, vol. 73, núm. 6, pp. 61-76.

relación con la resolución de las quejas y reclamaciones⁶⁰⁷. En concreto, todos coinciden en exigir confidencialidad a la par que transparencia –en relación por supuesto con la libertad de información y el derecho a ser informado–, la flexibilidad del procedimiento –característica del propio procedimiento y que permite una cierta adaptación a las circunstancias concretas pero también su contemporización a las nuevas necesidades que surjan en una sociedad tan cambiante como la nuestra– la accesibilidad al procedimiento como reflejo del derecho universal de acceso a la Justicia y la exigencia de unos conocimientos específicos en la materia.

2.1. Principio de accesibilidad

Se concibe la accesibilidad como la facilidad de acceso a entidades y procedimientos de resolución alternativa (artículo 5 de la Directiva 2013/11/UE). Es realmente importante la garantía de esta accesibilidad por cuanto los clientes bancarios solo podrán presentar un recurso ante el *Ombudsman* financiero si conocen de su existencia y las vías para contactar con el mismo y, también, si los costes en los que puedan incurrir para presentar una reclamación o queja por esta vía no van a suponer una barrera. Por tanto, la publicidad relacionada con estos procedimientos deviene fundamental para que los clientes decidan formar parte en los mismos.

⁶⁰⁷ En el ordenamiento jurídico inglés, estos principios fueron establecidos por la *British and Irish Ombudsman Association (BIOA)*, en concreto, determina que el *Ombudsman* debe ser independiente, efectivo, justo y responsable ante el público en general. Sobre esta institución, véase su página web oficial: <http://www.ombudsmanassociation.org/>, consultada el día 19 de julio de 2014.

En la mayoría de los países, los responsables de ofrecer esta información y de publicitar el servicio son los propios organismos competentes de resolver conflictos financieros, aunque en Europa, y especialmente en España, se ha comprobado el enorme papel que han jugado los medios de comunicación para dar a conocer este procedimiento tras el estallido de la crisis económica y la comercialización masiva de productos poco ventajosos para los clientes como han sido las participaciones preferentes o la inclusión de cláusulas suelo en los contratos hipotecarios.

Asimismo, las sucursales de las entidades de crédito deberían realizar un papel de transmisores de esta información, pero no solamente *a posteriori* del nacimiento del conflicto, sino desde el mismo momento de la celebración del contrato.

Algunas medidas concretas que deberían ser adoptadas –algunas ya lo han sido– por los organismos de resolución alternativa de litigios en materia bancaria, son las siguientes, a saber:

- Disponer de un sitio de Internet actualizado que facilite a las partes un acceso sencillo a la información relativa al procedimiento de resolución alternativa y facilite la presentación de reclamaciones online.
- Facilitar a las partes la información anterior en un soporte duradero.
- Cuando proceda, permitir al consumidor presentar una reclamación por otros medios (distintos de la vía electrónica), tales como la vía postal.

- Hacer posible el intercambio de información entre las partes.
- Adoptar las medidas necesarias para asegurar el tratamiento de datos personales.

Otra medida a adoptar es la posibilidad de que los clientes bancarios puedan contactar con el propio órgano por vía telefónica, pero a través de un número de teléfono gratuito. Hasta el momento la inmensa mayoría de estas instituciones ofrece la posibilidad de contactar por vía telefónica, pero no mediante un número gratuito, lo que obviamente supone un coste innecesario en el que no deberían incurrir los consumidores si se pretende garantizar la economicidad del servicio. Sin embargo, como aspecto a valorar positivamente del funcionamiento del FOS(UK) es que, a pesar de que las llamadas continúan teniendo un coste, el importe sufragado por los consumidores es contabilizado en el momento de calcular la posible indemnización de la entidad bancaria contra la que se reclama⁶⁰⁸.

De las medidas enumeradas, nótese que todos estos organismos e instituciones disponen ya de una página web donde está disponible información acerca del propio organismo, del procedimiento y de la normativa aplicable, así como también están accesibles los formularios de reclamaciones que deben ser presentados. Aunque todas las instituciones de solución extrajurisdiccional de conflictos financieros deben cumplir con esta previsión, la realidad es muy diferente entre países. Así, si comparamos la página web oficial de nuestro DCMR con las respectivas del FOS(UK) y del FOS(AU), comprobamos la enorme diferencia existente en este punto, con enormes falencias en nuestro país respecto de

⁶⁰⁸ Para ver más sobre este punto, nos remitimos al Capítulo Cuarto, apartado II.5.5, relativo al “Cálculo de la compensación económica: el llamado «D&I».

la transparencia y publicidad de la actividad desarrollada, todo y que debe, sin embargo, tomarse en consideración que, en los últimos años, en especial tras la modificación introducida en la normativa de transparencia en 2011, se ha mejorado considerablemente, encontrando disponible una mayor cantidad de documentos, información y formularios imprescindibles para la intervención de los consumidores en este mecanismo ADR.

2.2. *Principio de igualdad y equilibrio en la defensa*

La configuración de este principio se halla intrínsecamente vinculada a los principios generales de contradicción y representación. En este sentido, para garantizar el principio de igualdad y equilibrio en la defensa, las partes han de poder expresar su punto de vista en un plazo razonable y conocer de las alegaciones y pruebas presentadas por la otra parte con la finalidad de realizar alegaciones al respecto. Asimismo, se les debe informar que el procedimiento no reviste una complejidad que requiera de la asistencia jurídica por letrado o asesor, si bien en caso de que la materia sea muy técnica y específica puede ser aconsejable acudir a un asesor jurídico para que informe al consumidor de las consecuencias legales o económicas de cualquier decisión. Ahora bien, en estos casos, y en aras de garantizar la gratuidad o al menos la economicidad del procedimiento, los propios órganos decisores competentes deberían disponer de un servicio gratuito de asesoramiento para los consumidores, pues en numerosas ocasiones no poseen los conocimientos suficientes ni disponen de la información necesaria para comprender el producto bancario ni por supuesto las consecuencias de su contratación.

Otra medida a adoptar es la notificación a las partes del resultado del procedimiento, esto es, del contenido de la decisión y de su naturaleza jurídica. Esta notificación debe reunir unos requisitos. Por un lado, formales, debiendo la decisión debe ser remitida por escrito o en soporte duradero. Por otro lado, de fondo, debiendo motivarse la decisión. La necesidad de notificar a las partes la decisión por escrito no es óbice a que, desde el organismo decisor, contacten por otras vías (teléfono) con las mismas para indicarles el sentido de la decisión y poder tratar con ellos los motivos y razones que la fundamentan.

Asimismo, siempre y cuando se trate de procedimientos en los que se proponga una solución al conflicto y la decisión sea vinculante para la entidad de crédito –como sucede en el caso de Reino Unido–, es necesario informar a las partes de la naturaleza alternativa pero no excluyente de estos procedimientos, quedando siempre disponible la vía judicial; de que la solución propuesta podría ser distinta del resultado a que llegase un órgano jurisdiccional que aplicase normas jurídicas; de la posibilidad de las partes de retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del mismo, de lo que deberán ser informadas al inicio; de la posibilidad de aceptar o rechazar la solución propuesta y, finalmente, de la naturaleza jurídica de la decisión así como de sus consecuencias.

2.3. *Conocimientos especializados*

La necesidad de conocimientos específicos sobre la materia, más que un principio, entendemos es una exigencia o característica que debe reunir todo *Ombudsman*. Las materias a tratar son muy concretas, pero a la

vez complejas y técnicas. La razón fundamental de acudir a este tipo de mecanismos, además de por las ventajas en costes y ahorro de tiempo con respecto a un proceso judicial, consiste en poder contar con una solución más adecuada, más acorde con las circunstancias del conflicto en concreto y con la materia objeto de controversia.

Solamente está regulada la necesidad de que la persona encargada de emitir una decisión tenga los suficientes conocimientos en la materia, requisito que entendemos puede concretarse en la exigencia de una debida formación, incluyendo cursos de especialización, y experiencia laboral previa en el sector. Básicamente, las características que debe reunir la persona que ocupe este puesto son: en primer lugar, integridad, honorabilidad, sentido de la justicia e imparcialidad como elementos subjetivos esenciales; en segundo lugar, prestigio profesional derivado de su carrera y desarrollo de la misma y, en tercer lugar, exclusividad, lo que obliga a no ocupar otro puesto de trabajo ni por supuesto cargo político alguno⁶⁰⁹. Es por ello que solamente tendrán acceso al nombramiento de *Ombudsman* aquellas personas que puedan demostrar reconocido prestigio, resultado de una trayectoria profesional sólida e intachable, así como una gran capacidad y conocimiento probado en el sector, sin que en absoluto se deba exigir la condición de jurista.

Todos estos requisitos permitirán que la persona designada como *Ombudsman* cumpla su papel con profesionalidad y respetuosa y adaptable a las necesidades de cada momento, lo que no es sino cumplir su misión eficaz y lealmente, garantizando asimismo su independencia,

⁶⁰⁹ GAO (US GENERAL ACCOUNTING OFFICE), “The role of the Ombudsman in Dispute Resolution”, *GAO-01-466*, EE.UU., 2001, pp. 10-11.

imparcialidad y neutralidad en la toma de decisiones, lo que conlleva una percepción social positiva, puesto que evoca seguridad, protección y libertad, y está enraizada en las ideas de protección de los derechos de las personas y de democracia⁶¹⁰.

V. LIMITACIÓN GEOGRÁFICA DE SU ACTUACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA RED FIN-NET

En principio, la institución del Defensor del Cliente tiene atribuida un ámbito de actuación que queda limitado territorialmente, en los límites de lo nacional, si bien la posibilidad de que, como sucede cada vez más, el conflicto deje de ser nacional o estrictamente nacional e implique y genere una controversia transnacional genera una serie de cuestiones en cuanto a la aplicabilidad de cuanto hemos expuesto y en cuanto a la viabilidad del mismo, así como el camino que podrá tomar el consumidor en este caso con respecto a la entidad de crédito extranjera, la duda acerca de la irremediable exigibilidad de traslado al país de la sede de la entidad de crédito para interponer una reclamación, queja o consulta, así como la determinación de la existencia de algún mecanismo que permita al usuario de servicios bancarios conocer el procedimiento a seguir en caso de conflicto transfronterizo.

⁶¹⁰ “All over the world, the very word *ombudsman* evokes feelings of security, protection and freedom. Today, the constitutional ombudsman concept is –like the independent judiciary– intrinsically tied to the ideas of democracy, rule of law and human rights”. KUCSKO-STADLMAYER, G., “The Spread of the Ombudsman Idea in Europe”, *IOI Publications world conference Stockholm 2009*, disponible en: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>, consultado el día 17 de julio de 2014.

Éstas y algunas otras cuestiones han ido encontrando solución a través de la aparición en el año 2001, de la Red para la resolución de conflictos transfronterizos entre consumidores y proveedores en el ámbito de los servicios financieros, denominada FIN-NET (en inglés, *Financial Dispute Resolution Network*), (en adelante, Red FIN-NET), siguiendo la Recomendación de la Comisión 98/257/CE. No obstante, no podemos olvidarnos de otra red, creada en el año 2000, para la solución de litigios en materia de consumo. Hablamos de la Red EJE⁶¹¹ (en inglés, *EEJ-NET, European Extra-Judicial Network*), (en adelante, Red EJE), que fue posteriormente sustituida por los Centros Europeos del Consumidor (en inglés, *European Consumer Centres Network, ECC-Net*), (en adelante, ECC-Net).

Ahora bien, ésta no es la única vez que el legislador europeo ha dejado sentir la necesidad de desarrollar redes transfronterizas de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros y, más aún, de informar a los consumidores de su existencia y funcionamiento para procurar su accesibilidad. En efecto, este deber de los Estados miembros de implantar en su ordenamiento jurídico un procedimiento adecuado y efectivo de gestión y solución de esta clase de litigios y, a su vez, la obligación de cooperar con los otros sistemas ADR previstos ha quedado recogida en dos Directivas posteriores que regulan sectores más específicos. En primer lugar, destaca la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del

⁶¹¹ Resolución del Consejo, de 25 de mayo del 2000, relativa a una red a comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo [DO C núm. 155, de 6 de junio de 2000].

Esta Red fue creada el 16 de octubre de 2001 bajo la presidencia belga como proyecto piloto, pero su éxito provocó que se ampliara tal fase piloto hasta el 31 de diciembre de 2003.

Consejo, de 13 de noviembre de 2007, *sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE*⁶¹².

En concreto, en el Considerando 51 hace alusión al deber de los Estados miembros de garantizar la existencia de medios extrajudiciales fácilmente accesibles y de coste razonable para la resolución de aquellos conflictos entre proveedores de servicios de pago y consumidores. En este sentido, el artículo 83 regula el denominado “Recurso extrajudicial”, estableciendo que los Estados miembros velarán por que se establezcan procedimientos adecuados y eficaces de reclamación y recurso extrajudiciales con vistas a la resolución extrajudicial de litigios que atañan a los derechos y obligaciones derivados de la propia Directiva, utilizando en su caso organismos existentes. Pero además, en caso de litigios transfronterizos, se garantizará que los organismos correspondientes cooperen activamente entre sí para su resolución.

En la misma línea se pronuncia, en segundo lugar, la Directiva de Contratos de Crédito al Consumo, en su artículo 24, salvo por la exigencia, como es lógico, de que los litigios transfronterizos versen sobre contratos de crédito.

En este apartado nos dedicaremos a tratar con carácter general la aplicación de las Redes existentes⁶¹³, si bien no entraremos a analizar con

⁶¹² DO L núm. 319 de 5 de diciembre de 2007.

⁶¹³ Sobre estas Redes, véanse, BENÖHR, I., “Out-of-court settlement of consumer disputes in financial services”, en AA.VV., *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*, ed. por HODGES, C., STADLER, A., Edward Elgar Publishing, EE.UU., 2013, pp. 247-251, PONCIBÒ, C., “A Modernisation for European

detenimiento todos los aspectos procedimentales, esbozando sin embargo las líneas generales, pues las relaciones transfronterizas se escapan del núcleo de nuestro estudio. Empero, no podíamos dejar de mencionar la existencia –y convivencia– de ambas Redes. Ahora bien, a pesar de que estas Redes de solución extrajudicial de conflictos hayan sido creadas con el objetivo de poner fin a litigios transfronterizos, su ámbito de actuación queda limitado a los Estados miembros, esto es, a Europa.

Hasta la fecha no hay creado ningún mecanismo equivalente a nivel internacional, que abarque tanto a países comunitarios como no comunitarios. Esto en la práctica plantea problemas en tanto en cuanto los consumidores carecen de la suficiente información e incluso de los medios necesarios para presentar una reclamación, queja o consulta cuando las mismas van dirigidas contra entidades de crédito sitas en un país distinto al de la residencia habitual o domicilio del consumidor reclamante. Entendemos que la creación y puesta en marcha de una red de resolución de litigios transfronterizos a nivel mundial en materia financiera sería un gran paso hacia delante en la protección de los consumidores y especialmente en la garantía del derecho a la tutela efectiva y salvaguarda de sus derechos e intereses económicos, pues obviamente los costes que podría generar su enjuiciamiento por los tribunales ordinarios extranjeros

Consumer Law?, en AA.VV., *European Consumer Protection: Theory and Practice*, ed. por Devenney, J., Kenny, M., University Cambridge Press, Reino Unido, 2012, pp. 43-63, NALBANTIAN, E. J., “Living wills and cross-border resolution of Banks”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 26, núm. 10, 2011, pp. 639-640; HÖRNLE, J., *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, pp. 247-249, LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, *op. cit.*, pp. 358-360, Kaufmann-Kohler, G., Schultz, T., *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Holanda, 2004, pp. 125-128, NORDIC COUNCIL OF MINISTERS, *A study on Alternative Dispute Resolution and Cross-border Complaints in Europe*, Nordic Council of Ministers ed., Dinamarca, 2002, pp. 55-61.

serían cuantiosos, no siendo esta vía judicial una opción a considerar. Asimismo, ello conllevaría tanto un incremento de la seguridad jurídica al disponer los usuarios de servicios financieros de un medio uniforme de defensa de sus intereses, como de la confianza que éstos depositan en las entidades de crédito.

Por el contrario, encontramos más que justificable la dificultad que la creación y funcionamiento de una vía de solución de conflictos de esta magnitud y características supone. Efectivamente, si cada Estado Miembro tiene su propio sistema ADR –aun cuando los requisitos son similares en todos los casos– y resulta por tanto compleja su cooperación, imaginemos cuán difícil debe ser elaborar y estandarizar un sistema en donde (prácticamente) todos los *Ombudsmen* que existan en el sector bancario y financiero colaboren para brindar las mismas oportunidades de acceso a una tutela eficaz, con independencia del lugar en que, como consumidores, nos encontremos.

Profundizando un poco más en esta última idea, y tratando igualmente de justificar esta laguna normativa que ha perdurado durante décadas, creemos que la puesta en marcha de este mecanismo a nivel mundial podría parecer relativamente inviable a nivel práctico, pues ello supondría una gran inversión en recursos técnicos y humanos para su elaboración y, posteriormente, para su mantenimiento, siendo *conditio sine qua non*, la estandarización de unos mínimos para un procedimiento común e incluso la implantación obligatoria de un *Ombudsman* específico en materia financiera en aquellos ordenamientos que no tengan ya prevista tal figura.

A mayor abundamiento, dada la armonización del mercado interior y la accesibilidad a bancos extranjeros, normalmente de países comunitarios, los cauces de solución de litigios se circunscriben a este ámbito geográfico, aunque cada día es más frecuente, especialmente como consecuencia de los movimientos migratorios y del uso cotidiano de Internet, que los consumidores contraten productos y servicios ofrecidos por entidades de crédito sitas en países no comunitarios.

No obstante, aun teniendo presente las dificultades que presenta, consideramos imprescindible la creación de un organismo independiente que ejerza las funciones de supervisión y control del efectivo cumplimiento de los principios rectores del procedimiento de reclamaciones en litigios transfronterizos, lo que supondría, obviamente, una cuantiosa inversión, amén de la complejidad de alcanzar un consenso en lo que concierne a su regulación y alcance competencial.

Por tanto, si bien comprendemos y respetamos la ausencia de un sistema de resolución de conflictos en materia bancaria y financiera a nivel mundial, y aunque somos conscientes de la necesaria inversión económica –y de tiempo– para convertir esta idea en una realidad, abogamos firmemente por la introducción paulatina de un sistema equivalente a las Redes FIN-NET o ECC-Net cuyo ámbito de actuación se extienda más allá del espacio europeo. A tal fin resultaría imprescindible la delimitación de las competencias y del ámbito objetivo de aplicación para así favorecer la buena convivencia con las Redes preexistentes.

La realidad actual está marcada, entre otros, por factores sociales como los flujos migratorios; económicos como la crisis económica, la reducción de préstamos concedidos y el incremento de la morosidad;

tecnológicos como la incorporación de las nuevas tecnologías a la operatividad bancaria a través de la creación de plataformas virtuales⁶¹⁴ y, por último, culturales como el cambio de ideología que cada día más aproxima las técnicas ADR a los consumidores. Pero el factor clave a tener en cuenta, en lo que aquí concierne, es el movimiento mundial en *pro* de una eficaz protección de los consumidores. Con el propósito de mejorar el nivel de protección dispensado a los consumidores de servicios financieros, así como reforzar su confianza en un mercado financiero donde las prácticas sean más justas y transparentes, se creó, el 14 de noviembre de 2013 en el marco de la Asamblea General Anual de las autoridades supervisoras para la protección de estos consumidores celebrada en la sede del Banco de Portugal, sita en Lisboa, la denominada *International Financial Consumer Protection Organisation*, cuyo acrónimo en inglés es FinCoNet (en adelante, FinCoNet). Se trata ésta de una Organización internacional conformada por las autoridades supervisoras, concretamente, estamos ante una organización sin ánimo de lucro que ha sido constituida con arreglo a la legislación francesa.

⁶¹⁴ Es la denominada Banca virtual, liderada en España por el Banco ING Direct, que en sus inicios no poseía sucursales físicas, aunque se ha adaptado a las necesidades de sus clientes y cuenta con una red, no muy extensa, de oficinas. CLIMENT DIRANZO, F. J., MOMPALER PECHUAN, A., “La consolidación de la banca *on line* en España durante el período 2005-2009”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, núm. 858, enero-febrero 2011, pp. 159-177; LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, *op. Cit.*, pp. 63-70; GARCÍA GARCÍA, C. E., ROMERO MEDINA, A., “La expansión de la banca *on line* en España”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, núm. 813, febrero 2004, pp. 89-99; BARRUTIA LEGARRETA, J. M., ECHEBARRÍA MIGUEL, C., “Internet y los nuevos poderes del consumidor bancario”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2757, 2003, pp. 7-21 y CASTAÑEDA, J. E., “El consumidor ante nuevas formas de banca: el banco virtual”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10, 2000, pp. 405-421.

Así las cosas, en la actualidad los consumidores nos podemos sentir un poco más afortunados y satisfechos, por disponer de redes de solución de litigios transnacionales, 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.

En las siguientes páginas explicaremos las características y principales funciones de las Redes FIN-NET y ECC-Net, así como de la nueva Organización FinCoNet, empezando por esta última al ser la de reciente creación.

1. FinCoNet

La Organización FinCoNet viene a sustituir la red informal de autoridades supervisoras existente desde el año 2003 que, por otra parte, continuará con el trabajo ya iniciado a la vez que avanzará y desarrollará la agenda e iniciativas que sobre la protección del consumidor financiero ha preparado y aprobado el G20.

El presidente de FinCoNet, Bernat Sheridan, del Banco Central de Irlanda, ha manifestado expresamente que “FinCoNet pretende apoyar y promover una protección adecuada y eficaz de los consumidores entre las autoridades supervisoras. Los servicios bancarios y de crédito, en particular, juegan un papel tan importante en la vida de tantos consumidores que las autoridades supervisoras deben colaborar y apoyarse mutuamente para contribuir a desarrollar sólidos marcos de protección de los consumidores: el hecho de que el Consejo de Gobierno esté muy comprometido y cuente con miembros de diversa procedencia

internacional nos coloca en una buena posición para lograr nuestros objetivos. FinCoNet es un foro de intercambio de información y experiencias de los supervisores, y yo animo a otras autoridades de supervisión a que consideren su incorporación a nuestra organización”⁶¹⁵.

Precisamente, FinCoNet nació con la finalidad de dar respuesta a la creciente preocupación por la conducta de los mercados y la protección de los consumidores de servicios financieros. Nótese que el Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, es miembro de su Consejo de Gobierno desde octubre de 2012.

En esta preocupación por la protección de los consumidores han desempeñado un papel importante las Autoridades Supervisoras que, por otro lado, requerían de sistemas de cooperación y colaboración para uniformizar criterios y políticas de protección. Aunque las referencias que encontramos a esta Organización son muy recientes, cabe destacar que es ya en la década de los años 2000 cuando se llevaba a cabo esta labor de implementar medidas de protección de los consumidores a través de la red informal de Autoridades Supervisoras, que cobró especial relevancia tras el estallido de la grave crisis económica en 2007 y que, desgraciadamente, seguimos sufriendo a día de hoy aunque esperamos que las medidas fiscales y económicas adoptadas contribuyan a superarla.

Esta indudable preocupación por la protección del consumidor quedó expresamente recogida en el Plan de Acción de Seúl, con motivo de

⁶¹⁵ El discurso original rezaba así: “*FinCoNet aims to help support and promote strong and effective consumer protection among supervisory authorities. Banking and credit in particular play an important part in the lives of so many consumers and supervisory authorities must work together to help develop strong consumer protection frameworks*”.

la reunión del G-20 en noviembre de 2010⁶¹⁶, de la siguiente manera: “[A]umento de la protección al consumidor: Le pedimos al Consejo de Seguridad Financiera que trabajara en colaboración con la OCDE y otras organizaciones internacionales en explorar y hacer un informe para la próxima cumbre sobre las opciones de avanzar en la protección al consumidor financiero, mediante una decisión informada que incluya la divulgación, la transparencia y la educación; la protección contra el fraude, los abusos y los errores; así como con recursos y defensoría”⁶¹⁷.

En este sentido, en octubre de 2011, con motivo de la reunión del G-20⁶¹⁸, se creó un grupo de trabajo a cargo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE). El resultado de este grupo de trabajo ha sido la publicación de los principios de alto nivel de protección de los consumidores financieros⁶¹⁹. Destaca la

⁶¹⁶ El G-20 lo componen la Unión Europea, como bloque, y diecinueve países: Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica y Turquía.

⁶¹⁷ Documento de la Cumbre de Seúl G-20, 2010, párrafo 41. Disponible en: <http://www.seoulsummit.kr/outcomes>, consultado el día 10 de febrero de 2014.

⁶¹⁸ Sobre esta reunión y otras posteriores véanse, LABARDINI INZUNZA, A., “Boletín del G20”, núm. 13, septiembre de 2012, pp. 12-16, disponible en: http://www.boell.org/downloads/G20_Update_13_ESP_final.pdf, consultado el día 10 de febrero de 2014, CONSUMERS INTERNATIONAL, “*Mercados de servicios financieros seguros, justos y competitivos: recomendaciones para el G20 sobre el mejoramiento de la protección del consumidor de servicios financieros*”, marzo de 2011, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/media/953652/recomendaciones%20g20%20resume%20en%20espa%C3%B1ol.pdf>, consultado el día 10 de febrero de 2014, y BENÍTEZ SÁNCHEZ, Y. F., “Red internacional de protección a los consumidores de los servicios financieros. Un proyecto a construir”, Brújula Ciudadana, núm. 31, marzo 2012, pp. 11-13.

⁶¹⁹ Documento disponible en: <http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>, consultado el día 11 de febrero de 2014.

exigencia a los poderes públicos de los Estados de garantizar a los consumidores el acceso a mecanismos de solución de reclamaciones que sean accesibles, económicos, independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Deben poner a disposición de los usuarios de servicios financieros mecanismos independientes cuyo objetivo resida en la (re)solución de aquellas disputas que no hayan sido solventadas de forma eficiente en sede de las propias entidades financieras a través de los servicios de reclamaciones internos⁶²⁰.

Asimismo, estos principios son la respuesta de la petición conjunta del G-20, del Consejo de Estabilidad Financiera (en inglés, *Financial Stability Board*), de la OCDE y de otras organizaciones internacionales relevantes. Nótese que estos principios son voluntarios, no vinculantes en ningún caso, y deben ser adaptados a las realidades de cada sistema financiero.

Todo ello ha incidido irremediablemente a que, en la actualidad, dispongamos de una Organización Internacional de Autoridades Supervisoras que se encargan de controlar el funcionamiento de los respectivos *Ombudsmen*. Hablamos, efectivamente, de FinCoNet, cuya creación alabamos, al igual que esperamos garantice no solo su

⁶²⁰ “Jurisdictions should ensure that consumers have access to adequate complaints handling and redress mechanisms that are accessible, affordable, independent, fair, accountable, timely and efficient. Such mechanisms should not impose unreasonable cost, delays or burdens on consumers. In accordance with the above, financial services providers and authorized agents should have in place mechanisms for complaint handling and redress. Recourse to an independent redress process should be available to address complaints that are not efficiently resolved via the financial services providers’ and authorized agents’ internal dispute resolution mechanisms. At a minimum, aggregate information with respect to complaints and their resolutions should be made public”.

imparcialidad sino también su bien hacer en la garantía de tales principios de protección de los consumidores financieros.

2. Red ECC-NET

Como se ha apuntado anteriormente, la ECC-Net fue creada en el año 2005 por la Dirección General de Sanidad y Consumo de la Comisión Europea, en el marco del desarrollo del consumo transfronterizo dentro del espacio comunitario. Esta Red fusionó dos redes preexistentes: la red EJE y la Red Euroventanillas (en inglés, *Euroguichets*), creada esta última en 1991 con la finalidad de proporcionar información en los litigios transfronterizos.

En un principio, la Red EJE fue desarrollada con el objetivo de superar los obstáculos a los que se deben enfrentar los consumidores para acceder a los órganos extrajurisdiccionales en otros Estados miembros a causa del suministro de bienes o servicios defectuosos. Por ello se consideró conveniente que cada Estado designara un punto central como punto de contacto para los consumidores que quisieran presentar una reclamación contra una entidad sita en otro Estado miembro. Estos puntos centrales fueron considerados como “*clearing houses*” o centros de intercambio de información, cuya misión fundamental versaba en ofrecer toda la información necesaria para que los consumidores pudieran presentar su reclamación contra el producto o servicio defectuoso.

En 2005, sin embargo, entró en funcionamiento esta nueva Red ECC-Net, dejando sin efecto la Red EJE. Actualmente está integrada por

29 Centros de atención al consumidor (en los 27 Estados miembros más Islandia y Noruega)⁶²¹. En lo que respecta a España, el Centro Europeo del Consumidor⁶²² está radicado en Madrid y puede ayudar, por un lado, a los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que adquiere un bien o contrata un servicio en cualquier parte del territorio español y, por otro, a los ciudadanos españoles que adquieren un bien o contratan un servicio en un Estado miembro que no sea España.

Básicamente, esta Red implica la cooperación entre las 29 oficinas de atención al consumidor así como también insta la colaboración con otras Redes como FIN-NET, con la finalidad de ofrecer la información necesaria a los ciudadanos sobre sus derechos e intereses como consumidores y, en caso de conflicto, les brindan la ayuda necesaria para resolverlos a través de la elección del sistema ADR adecuado a las circunstancias concretas del caso y del asesoramiento en el trámite de presentación de la reclamación, pudiendo además ser el propio Centro del Consumidor Europeo el que traslade la reclamación o consulta al organismo competente para su resolución.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, el ámbito de actuación de esta Red es mucho más amplio y genérico que el de cualquier otra, abarcando, entre otros, sectores como el transporte aéreo, el comercio electrónico, el

⁶²¹ EUROPEAN COMMISSION, *Factsheet for consumers ECC-Net*, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/publications/factsheet-ECC-Net_en.pdf, consultado el día 11 de febrero de 2014, EUROPEAN COMMISSION, *Annual Report 2012*, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/report_ecc-net_2012_en.pdf, consultado el día 11 de febrero de 2014.

⁶²² Página web oficial del Centro Europeo del Consumidor en España: http://www.cec.consumo-inc.es/secciones.php?id_sec=1&id_subsec=1, consultada el día 11 de febrero de 2014. Véase también, la web oficial del Centro Europeo en Reino Unido es: <http://www.ukecc.net/index.cfm>, consultada el día 11 de febrero de 2014.

alquiler de vehículos y los viajes combinados. En este sentido, presta colaboración con la Red FIN-NET, que merece una mayor atención por nuestra parte en tanto en cuanto es específica para el sector financiero.

3. Red FIN-NET

La Red FIN-NET⁶²³ viene a complementar la Red ECC-Net, pues esta última está referida a los litigios de consumo, siendo, por tanto, más genérico su ámbito de aplicación. Esta Red cumple con tres objetivos muy concretos⁶²⁴, a saber:

1. Ofrecer al consumidor un acceso fácil y con conocimiento de causa a procedimientos de resolución extrajudicial en caso de conflicto transfronterizo.
2. Garantizar un eficaz intercambio de información entre los sistemas europeos, de modo que las denuncias transfronterizas que el consumidor presente se tramiten con la máxima celeridad, eficacia y profesionalidad y, por último,
3. Garantizar que los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos de los distintos países del EEE se apliquen según un conjunto común de garantías mínimas.

⁶²³ PETRAUSKAS, F., GASIŪNAITĖ, A., “Alternative Dispute Resolution in the field of Consumer Financial Services”, *Jurisprudencija/Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 179–194, ANDREEVA ANDREEVA, V., “Resolución extrajudicial de conflictos relacionados con los contratos con consumidores celebrados en los mercados financieros internacionales”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 4, núm. 3, 2011, pp. 751-754.

⁶²⁴ Guía para el consumidor sobre FIN-NET elaborada por la Comisión. Documento disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/guide/consumer-guide_en.pdf, consultado el día 11 de febrero de 2014.

Con estos objetivos, distintos países han ido sucesivamente incorporándose a esta red de cooperación entre los órganos nacionales de resolución extrajudicial de conflictos sobre servicios financieros. Así, en 2014, la Red FIN-NET está integrada por 56 miembros pertenecientes a 24 Estados miembros del Espacio Económico Europeo (los Estados miembros de la Unión Europea más Noruega, Islandia y Liechtenstein)⁶²⁵. Es interesante destacar que España es miembro fundador de esta Red, siendo los organismos pertenecientes a la misma, por un lado, el Servicio de Atención al Inversor de la Dirección de Inversores de la CNMV, por otro lado, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y, finalmente, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En cuanto al Reino Unido, también forma parte de la Red el *Financial Ombudsman Service*.

La Red FIN-NET se crea formalmente a través de la adhesión de distintos Estados miembros a un Memorándum que consiste en una declaración de intenciones de cooperación transfronteriza entre las partes. Se trata del “Memorándum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo”⁶²⁶. La cooperación a la que se refiere este

⁶²⁵ La lista de los organismos o instituciones (miembros) que forman parte de la Red FIN-NET actualizada está disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_en.htm, consultado el día 11 de febrero de 2014. Asimismo, este listado se encuentra recogido en el Anexo 1 del Informe de Actividades de 2012, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs_en.htm, consultado el día 11 de febrero de 2014.

La última incorporación ha sido, en 2014, del *Mediation Centre of the Croatian Insurance Bureau*, de Croacia.

⁶²⁶ Documento disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/es.pdf, consultado el día 11 de febrero de 2014.

Memorándum queda constreñida a las denuncias que sean presentadas por los consumidores contra los servicios financieros transfronterizos, esto es, cuando el proveedor, la entidad de crédito, esté establecida en un Estado miembro diferente a aquel en el que el consumidor tenga fijada su residencia habitual.

Este Memorándum contiene las directrices básicas del procedimiento de la Red FIN-NET, así como las instrucciones a seguir en aspectos concretos tales como el idioma en que puede ser resuelto el litigio, la información a aportar, etc., si bien es importante destacar que, tal y como recoge expresamente el propio Memorándum, estas disposiciones no son jurídicamente vinculantes para las partes, lo que supone que no crean derechos ni obligaciones para las partes o para terceros. Sin embargo, los Estados miembros adheridos al mismo han tratado de cumplir con lo en él establecido.

Así las cosas, los órganos o sistemas que pueden adherirse a la Red pueden ser creados por una disposición normativa o de forma voluntaria, e igualmente la sujeción a este órgano de solución de conflictos puede ser voluntaria u obligatoria. Del mismo modo, las decisiones que estos sistemas alcancen pueden ser vinculantes o no, y pueden cubrir todos los servicios financieros o restringirlos a algunos determinados. En el caso español, el DCMR es de naturaleza pública, creado por Ley. Además, las decisiones que se adopten por este órgano no son vinculantes, sino que poseen carácter de recomendación y el idioma elegido en que puede ser interpuesta es, bien el español, bien el inglés, no así el idioma en que esta recomendación debe ser emitida, pues queda restringido al español.

Por su parte, el FOS(UK), origen del resto de *Ombudsmen* en materia financiera, también fue creado por una disposición normativa con naturaleza jurídica pública. Sin embargo, presenta importantes diferencias con respecto al sistema español, pues, en primer lugar, las decisiones emitidas sí vincularán a la entidad de crédito o institución financiera pero no a los consumidores y, en segundo lugar, las reclamaciones pueden ser presentadas en cualquier idioma, aunque la lengua elegida para emitir la decisión es la lengua de origen, el inglés.

Observamos, por tanto, que existen diferencias entre los sistemas ADR financieros desarrollados por los distintos Estados miembros, pero lo que todos estos sistemas deben respetar rigurosamente y, por ende, se convierte en requisito indispensable para que su adhesión sea aceptada, los siete principios procedimentales establecidos en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, estos son:

1. Principio de independencia del órgano de resolución de conflictos, de forma que se garantice la imparcialidad de su actuación.
2. Principio de transparencia del sistema, para garantizar que el consumidor disponga de toda la información necesaria sobre el procedimiento y que los resultados obtenidos puedan evaluarse objetivamente.
3. Principio de contradicción, que implicará la posibilidad de que las partes den a conocer sus puntos de vista y estén informadas de los argumentos expuestos por la otra parte.
4. Principio de eficacia del procedimiento, ya que deberá garantizar, en primer lugar, el acceso del consumidor al procedimiento sin obligación de acudir a un representante legal; en segundo lugar, la

gratuidad del procedimiento o la fijación de costes mínimos; en tercer lugar, la celeridad mediante el establecimiento de plazos cortos o breves y, en cuarto lugar, el papel activo del órgano de resolución de conflictos, que le permita atender a todos los factores con vistas a la resolución del conflicto.

5. Principio de legalidad, en tanto en cuanto la decisión adoptada por el órgano de resolución de conflictos no prive al consumidor de la protección que le ofrecen las disposiciones imperativas de las leyes sobre protección de los consumidores del Estado en que esté sita la entidad de crédito.
6. Principio de libertad, de forma que la decisión adoptada solo sea vinculante en aquellos casos en que las partes han sido informadas previamente y así lo han aceptado expresamente.
7. Principio de representación, pues las partes podrán ser representadas o ir acompañadas por un tercero en el procedimiento.

Teniendo en cuenta estos principios procedimentales, así como las características y objetivos de esta Red FIN-NET, nos planteamos cómo FIN-NET nos ayuda como consumidores a resolver nuestro conflicto cuando la entidad de crédito se encuentra situada en otro país. Básicamente, nos interesa analizar qué trámites se deberían llevar a cabo y si se trata realmente de un procedimiento sencillo y accesible –si bien mejorable– o, por el contrario, se ha configurado como un medio farragoso y complejo que no hace sino incrementar las reticencias preexistentes y los prejuicios sobre su utilización y efectividad.

El procedimiento está pensado para que al consumidor le resulte relativamente fácil y accesible interponer una reclamación por este medio,

pues ya sabemos –y así lo hemos comprobado– que los procedimientos nacionales de denuncia adoptan diferentes formas. La Red FIN-NET brinda al consumidor, a través de su web, la posibilidad de identificar el sistema extrajudicial adecuado del país en que está situado el proveedor de servicios financieros para dirigirse a él directamente. No obstante, no se trata éste del proceder habitual. Normalmente el consumidor seguirá la “regla del sistema más cercano”, esto es, contactará con el órgano de resolución extrajudicial de conflictos de su propio país de residencia, que le proporcionará toda la información necesaria sobre el procedimiento a seguir correspondiente al órgano de denuncia extrajudicial del país del proveedor de servicios financieros. Pero en este caso, no es el propio consumidor quien entra en contacto con el órgano competente, sino el organismo del país de residencia del consumidor, tras la admisión de la reclamación sita en un país distinto al suyo.

Una vez el órgano competente haya recibido la reclamación, procederá a su resolución de conformidad con sus propias normas, pero siempre garantizando el efectivo cumplimiento de los principios básicos establecidos en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE.

Por tanto, que estemos ante litigios transfronterizos no implica *per se* mayor complejidad en el procedimiento pues basta con contactar, por ejemplo en el supuesto de que un español quisiera presentar una reclamación contra un Banco inglés, con el DCMR, quien informaría de que el organismo extrajudicial de resolución de conflictos de Reino Unido perteneciente a la Red FIN-NET es el FOS, así como del proceder y de los plazos fijados según sus normas internas. Así las cosas, la Red FIN-NET supone, para el consumidor, una ayuda inestimable para poder defender sus derechos e intereses económicos frente a una entidad de crédito.

CAPÍTULO CUARTO. EL OMBUDSMAN BANCARIO: ESTRUCTURA Y PROCEDIMIENTO

Hace ya algún tiempo que las entidades financieras comenzaron a aplicar el marketing relacional, con mayor o menor intensidad, pero gracias al cual han prestado una mayor atención a las relaciones con los clientes, tratando de garantizar unos estándares mínimos de calidad en los servicios que ofrecen. Para poner en práctica la filosofía de este tipo de marketing, las entidades de crédito han desarrollado estrategias, algunas relacionadas con la protección de los consumidores y la implantación de servicios que les permitan conocer la opinión y experiencia del cliente en concreto.

En otro orden, por todos es sabido que, como consumidores, tenemos a nuestra disposición diferentes vías de obtención de tutela para “luchar” contra las actuaciones inapropiadas e inadecuadas que por parte de los empresarios nos hayan podido causar un perjuicio, del tipo que sea. Mecanismos que sirven para defender nuestros legítimos derechos e intereses, y con mayor motivo en el aspecto económico. Esta gama de opciones de obtención de tutela, desde las acciones judiciales hasta las técnicas ADR, fomenta la confianza en el sistema jurídico.

Pues bien, la conjunción de estos factores lleva a afirmar que la implantación de un mecanismo de tutela flexible y eficaz en el marco de las relaciones con las entidades de crédito es un factor clave para generar una respuesta positiva de los clientes. Si saben que, cuando algo no funciona o existe alguna deficiencia, tienen un servicio a su disposición para corregir dicha situación, la confianza depositada en el momento de

contratar un determinado producto o servicio no se desvanecerá, siendo la rápida respuesta vital para el buen funcionamiento del mercado⁶²⁷.

Siguiendo a TAX y BROWN⁶²⁸, encontramos que este procedimiento debe contar con tres dimensiones de justicia. En primer lugar, la justicia procesal, que englobe aquellas políticas y disposiciones que regulen el mecanismo de tutela; en segundo lugar, la justicia interactiva, donde se regule el comportamiento y código de actuación de las personas físicas encargadas de solventar el litigio y, por último, la justicia de resultados, que hace alusión al conjunto de medidas adoptadas para resarcir al cliente por el fallo en la prestación de los servicios. Además, entendemos que debería existir una cuarta dimensión en la que se considerara el *feedback* de los clientes, no solo sobre la experiencia conflictiva, sino también acerca del propio mecanismo de tutela, en aras de mejorarlo y hacerlo más efectivo.

Es factible trasladar estas dimensiones al procedimiento que a continuación vamos a explicar, pues en la dimensión de justicia procesal tendría cabida toda la normativa que regula la creación de la propia institución del *Ombudsman* y del Defensor del Cliente así como la del propio procedimiento en donde se especifican los trámites a seguir, plazos, consecuencias jurídicas, etc. En la segunda dimensión se podrían incluir los Códigos deontológicos y de Buenas Prácticas, además de las guías y reglamentos de actuación internos de cada entidad. Finalmente, en la

⁶²⁷ A favor, SIDDIQUI, H. y TRIPATHI, N., “An analytical study of complaining attitudes: with reference to the banking sector”, *Journal of Targeting, Measurement and Analysis for Marketing*, vol. 18, núm. 2, p. 120.

⁶²⁸ TAX, S. y BROWN, S., “Recovering and learning from service failure”, *Sloan Management Review*, vol. 49, núm. 1, 1998, pp. 75-88.

última dimensión se incluiría la regulación sobre el contenido de las decisiones, donde comprobamos la flexibilidad del sistema.

Todos estos aspectos van a ser tratados a continuación, haciendo además un estudio comparativo entre el modelo español y el modelo anglosajón, el cual a su vez basado en el sistema inglés y en el sistema australiano, con la finalidad de discernir sus similitudes y diferencias, pero también sus virtudes y deficiencias.

I. LA AUTORREGULACIÓN ¿ESTAMOS ANTE UN MECANISMO DE AUTOCONTROL?

La autorregulación es una práctica muy extendida en los sistemas anglosajones⁶²⁹, no así en el nuestro, aunque poco a poco va ganando terreno en contraposición con la regulación del sector por los poderes públicos, lo que en el fondo plantea la existencia de una dicotomía entre la regulación y la desregulación del sector financiero, convirtiendo al poder legislativo en “un poder descentralizado con distintos centros de producción”⁶³⁰. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los sistemas de

⁶²⁹ FERRAN, E., “Dispute resolution mechanisms in the U.K. financial sector”, *Civil Justice Quarterly*, núm. 21, 2002, pp. 135-155 y MENÉNDEZ ALZAMORA, M., “Derecho a la información y autocontrol: los límites profesionales a la libertad de expresión”, *Communication & Society*, vol. 6, núm. 1 y 2, 1993, pp. 189-196.

⁶³⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., “Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2141, 2012, p. 4. La autora habla de la existencia de un “verdadero desbordamiento de las fuentes del Derecho” (p. 3), pues el nuevo paradigma del modelo de fuentes implica el pluralismo en la creación de las normas, aumentándose las posibilidades de autorregulación. Asimismo, este pluralismo jurídico “implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una «explosión» del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y

autorregulación encuentran su fundamento en el impulso de los poderes públicos y en la expresa habilitación de determinadas instituciones para dictar normas que conlleven una efectiva ordenación de la actividad concreta, tal y como sucede con el sector de las telecomunicaciones⁶³¹.

Aunque no resulta tarea fácil ofrecer una definición concreta de autorregulación, pues en ella concurren diferentes aspectos⁶³² (jurídicos, sociológicos, psicológicos, educativos, económicos, etc.) que inciden en diversos ámbitos de la sociedad, podemos afirmar que está vinculada al concepto de interés público, siendo, en esencia, un “modelo normativo en el cual la producción de normas es encargada a personas u organizaciones que desempeñan una función de creación de normas jurídicas respecto de

autotutela (poder de autojurisdicción)”. PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 84.

⁶³¹ El impulso de los poderes públicos de un sistema de autorregulación del sector de las telecomunicaciones, en lo que concierne a la protección del menor, ha venido expresamente recogido en la DA 3ª de la Ley 25/1994, de 12 de julio, *por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva* [(BOE núm. 166, de 13 de julio de 1994), derogada el día 1 de mayo de 2010 por el apartado 6 de la Disposición Derogatoria de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, *General de la Comunicación Audiovisual* (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010)]. En efecto, bajo la rúbrica “Promoción de la autorregulación”, el citado precepto estableció que “*los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas*”. Al respecto, véase el Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, cuyo contenido está disponible en línea: <http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/mediosaudiovisuales/contenidos/ProteccionMenor/Documents/CriteriosTV.pdf>, consultado el día 11 de septiembre de 2014.

⁶³² “(...) there is no agreed single meaning of the term, but rather a variety of definitions in usage which are not reducible to some platonic essence or single concept”. BALDWIN, R., SCOTT, C., y HOOD, C., *A Reader in Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 2.

ellos mismos y de otras personas que acepten su autoridad”⁶³³. Así pues, se trata de una regulación desarrollada por las organizaciones e instituciones de la propia industria, que elaboran las normas y reglamentos al mismo tiempo que se encargan del control y supervisión del cumplimiento de sus disposiciones por los operadores y establecen un régimen de responsabilidad, esto es, disciplinan a los agentes intervinientes. La misión del autorregulador consiste en elevar los estándares de transparencia⁶³⁴, así como garantizar una efectiva protección de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado, constituyéndose la autorregulación como un instrumento importante en la mejora del comportamiento corporativo de las empresas, del buen gobierno y del respeto a unos estándares mínimos de protección de los consumidores y demás agentes intervinientes.

Por tanto, la autorregulación comprende una triple función: la función normativa para regular los servicios y productos ofrecidos, la función de supervisión o verificación del efectivo cumplimiento de las normas y disposiciones elaboradas y la función disciplinaria para la fijación de un régimen de responsabilidad y sancionador en caso de incumplimiento de tales normas. No obstante, la autorregulación no implica *per se* la absoluta independencia de estos organismos autorreguladores respecto de los poderes públicos, en concreto, del legislador estatal, pues queda facultado para dictar normas que desarrollan dicha autorregulación tales como el establecimiento de medidas que

⁶³³ BLACK, J., “Constitutionalising Self-Regulation”, *Modern Law Review*, vol. 59, núm. 6, 1996, p. 27.

⁶³⁴ CARBAJALES, M., *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 246-247.

garanticen el buen funcionamiento del organismo, siempre y cuando se respete la autonomía que debe imperar entre ambos⁶³⁵.

La crisis financiera no ha hecho sino poner en duda el funcionamiento de toda esta filosofía del autocontrol y autorregulación del sistema financiero, existiendo, como recoge GALLASTEGUI⁶³⁶, un consenso de que la crisis económica actual está directamente relacionada con “la tendencia, predominante hasta un pasado reciente, de confiar en el funcionamiento del mercado financiero y en su capacidad de autorregulación”. Tendencia que condujo a su desregulación, privatización y liberalización. Ahora bien, téngase en cuenta que bajo el paraguas del concepto de mercado financiero tienen cabida tanto el mercado de crédito como el mercado de valores⁶³⁷, siendo que prácticamente todas las alusiones a la autorregulación son a este último, por cuanto mayor ha sido la incidencia de esta desregulación en la creación de nuevos activos financieros cuya comercialización ha repercutido negativamente en el funcionamiento del mercado, así como en la instauración de entidades reguladoras tales como agencias de rating cuyas actuaciones, como ya apuntamos, han agravado la situación de los deudores hipotecarios y, por ende, de la crisis hipotecaria.

⁶³⁵ CUENCA MIRANDA, J. M., “Autorregulación y mercados financieros”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 801, 2002, pp. 123-144.

⁶³⁶ GALLASTEGUI ZULAICA, M. C., “Situación de los mercados financieros y bancarios y su incidencia en la economía familiar y social”, en AA.VV., *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, dir. por LAMARCA ITURBE, I., Artarteko, Vitoria, 2013, p. 53.

⁶³⁷ OCHOA MALDONADO, O. A., “El autorregulador del mercado de valores: instrumento para la profundización e integridad del mercado de activos financieros”, *Punto de Vista*, vol. IV, núm 6, 2013, pp. 85-107.

Por otro lado, sabemos que los Códigos de Conducta son disposiciones características –y muy recurridas– de los sistemas del *common law*, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, donde, sin embargo, se ha optado por una autorregulación del sistema crediticio sin intervención del legislador estatal⁶³⁸ en lo que respecta a la protección del deudor hipotecario, plasmada en los Códigos de Buenas Prácticas⁶³⁹ de adhesión voluntaria para las entidades. Pero si hay un ámbito, dentro del sector bancario, donde ha primado el *soft law* (autorregulación) frente al *hard law* (intervención estatal) ha sido el relativo a la publicidad financiera, regida todavía por Códigos de Conducta.

Precisamente, la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, *a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios*⁶⁴⁰, establece los principios generales a los que debe ajustarse la publicidad y los criterios generales sobre el contenido mínimo y formato del mensaje publicitario. Asimismo, aborda la cuestión relativa a los procedimientos y controles internos y a la política de comunicación comercial de las entidades de crédito. Al respecto, debemos traer a colación la Orden EHA/1718/2010, *de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios*⁶⁴¹,

⁶³⁸ ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. Marco normativo en España y Europa. Soluciones en Derecho Comparado y buenas prácticas”, en AA.VV., *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, op. cit., pp. 39-40.

⁶³⁹ Véanse el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios* y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*.

⁶⁴⁰ BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010.

⁶⁴¹ BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010.

aprobada en junio de 2010, que ha suprimido el sistema de control previo, (realizado por parte de un sistema de autorregulación que se enmarca dentro de un esquema de corregulación⁶⁴² con el Banco de España), estableciendo un sistema alternativo de control y estimulando expresamente la adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito⁶⁴³ a los organismos de autorregulación publicitaria debidamente homologados⁶⁴⁴. Sin embargo, hasta la fecha solamente una asociación reúne los requisitos exigidos por el Banco de España para ser acreditado como organismo autorregulador en este sector: Autocontrol⁶⁴⁵, cuya

⁶⁴² La corregulación implica la intervención conjunta de los sujetos privados y de la autoridad pública en el diseño del marco normativo básico, si bien permitiendo que las instituciones de la industria desarrollen esas bases. El Acuerdo Interinstitucional “Legislar Mejor” del Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, [(2003/C 321/01). (DOUE C núm. 321, de 31 de diciembre de 2003)] define la corregulación como aquel “mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)”. Por el contrario, se define la autorregulación como “la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo (en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales)”.

⁶⁴³ Ahora bien, aquellas entidades de crédito que no se asocien a ningún sistema de autorregulación publicitaria homologado, o cuya publicidad no esté sujeta al régimen de previa autorización por parte de una Comunidad Autónoma (como ocurre con las cajas de ahorros y con muchas cooperativas de crédito), deberán someter al control del Banco de España su política de comunicación comercial y los controles internos alternativos de que dispongan para minimizar los riesgos relacionados con un incorrecto ejercicio de su actividad publicitaria.

⁶⁴⁴ En la propia página web del Banco de España está disponible el listado con los correspondientes accesos, a los Códigos de Conducta de las entidades adheridas al sistema de autorregulación de publicidad: http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicios/autorregulacion_entidades/autCtrlEstablecimientos.html, consultada el día 20 de julio de 2014.

⁶⁴⁵ Asociación sin ánimo de lucro, compuesta por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria en España.

misión consiste en resolver cuantas reclamaciones se presenten contra las entidades adheridas.

Este sistema es herencia del arquetipo de autocontrol de la actividad publicitaria en general, asentado en 1996 mediante la creación de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (en adelante, AAP) y con ella de un Jurado de Autocontrol de la Publicidad⁶⁴⁶ (en adelante, JAP), encargado de establecer un Código deontológico de conductas publicitarias que asegure la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa⁶⁴⁷. El JAP constituye un órgano independiente encargado de resolver las controversias y reclamaciones en materia

⁶⁴⁶ Sobre el origen de estos organismos, véanse, por todos, RAMOS FERNÁNDEZ, F., “Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria”, *Revista de estudios de comunicación*, vol. 6, 2001, pp. 203-226; BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 158-160 y SCHMUHL, R., *Las responsabilidades del periodismo*, Editorial Mitre, Barcelona, España, 1985, p. 24.

⁶⁴⁷ Encontramos un ejemplo análogo a este sistema de autocontrol en Reino Unido con la autorregulación del sector de prensa, mediante la creación de un Consejo de Prensa en 1953, justificada por la mayor efectividad que ésta pueda suponer respecto de una regulación estatal. Así quedó recogido por la *House of Commons* en el “Self-regulation of the Press”, Seventh Report of Session 2006-07, HC 375, ap. 54 (disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmcomeds/375/375.pdf>): “We do not believe that there is a case for a statutory regulator for the press, which would represent a very dangerous interference with the freedom of the press. We continue to believe that statutory regulation of the press is a hallmark of authoritarianism and risks undermining democracy. We recommend that self-regulation should be retained for the press, while recognising that it must be seen to be effective if calls for statutory intervention are to be resisted”.

Asimismo, de las conclusiones del denominado Informe Calcutt, publicado en junio de 1990 (disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/271963/2135.pdf), se instó la creación de la Comisión de Reclamaciones de la Prensa (*Press Complaints Commission*), gobernada por un Código de Conducta elaborado por el Comité nacional y regional de editores. Desde 2012, la industria de la prensa cuenta con un Organismo autorregulador –*Independent Press Standards Organisation (IPSO)*–, que empezó a funcionar en septiembre de 2014.

publicitaria y cuyas resoluciones han creado un cuerpo de doctrina deontológica tenida en cuenta por los tribunales en la elaboración de sus fallos judiciales.

Así las cosas, comprobamos que en el sector de la publicidad –en general y en el ámbito financiero en concreto– se han desarrollado mecanismos internos de control de las conductas de las entidades adheridas a través de la resolución de las reclamaciones de los consumidores contra tales entidades. Estos órganos especializados deben ser independientes, esto es, no vinculados a ninguna institución, implicando por tanto su autogobierno. Asimismo, una característica común a ambos organismos es que, si bien carecen de *imperium* y de poder sancionatorio en caso de incumplimiento de las disposiciones de los Códigos de Conducta o de Buenas Prácticas⁶⁴⁸ –adquiriendo sus resoluciones valor de dictámenes o recomendaciones–, poseen la *auctoritas* suficiente para que las entidades adheridas cumplan con tales decisiones⁶⁴⁹.

A la luz de lo expuesto, la pregunta clave que debemos plantearnos es si los procedimientos de resolución de reclamaciones en materia financiera, gestionados por los Defensores del Cliente bancario y por los

⁶⁴⁸ Estos Códigos cumplen una doble función: por un lado contribuyen a la autorregulación del sector y, por otro, constituyen un mecanismo de autocontrol para los empresarios, pues establecen los compromisos y estándares de calidad que deben ser respetados en la realización de las prácticas comerciales. ÁLVAREZ MORENO, M. T., “Códigos de conducta y arbitraje de consumo”, en AA.VV., *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, coord. por REAL PÉREZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 394.

⁶⁴⁹ Sobre el procedimiento seguido por el JAC, véase, BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, *op. cit.*, pp. 180-188.

*Ombudsmen*⁶⁵⁰ financieros, son también un mecanismo de autocontrol aun cuando expresamente no han sido calificados como tal⁶⁵¹. La importancia que en los últimos tiempos ha adquirido la protección del cliente bancario ha supuesto la implantación y desarrollo de mecanismos o procedimientos de solución de reclamaciones interpuestas por los clientes contra las entidades de crédito supervisadas. Estos mecanismos deben ser independientes económica y políticamente de cualquier otra institución. Ahora bien, lo realmente importante es que sirven para llevar a cabo un control interno del comportamiento de las entidades supervisadas, es decir, permite a los empresarios verificar que sus prácticas comerciales cumplen con los estándares y compromisos de calidad fijados en los criterios de Buenas Prácticas, identificando los posibles fallos del sistema en aras de adoptar medidas correctoras de tales deficiencias, mejorando así el funcionamiento del mercado bancario. En consecuencia, entendemos que estos procedimientos gestionados por los Defensores del Cliente y por los *Ombudsmen* reúnen las características esenciales y cumplen con las mismas funciones que las instituciones Autocontrol y JAP –salvando las distancias entre la actividad publicitaria y la actividad bancaria–, debiendo ser considerados como sistemas de autocontrol de las entidades de crédito.

⁶⁵⁰ AZNAR, H., “El ombudsman, como mecanismo de autorregulación”, *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 13, 1999.

⁶⁵¹ Algunas sociedades con larga tradición en el ejercicio de los derechos fundamentales proporcionan de manera cada vez más intensa mecanismos previos de arbitraje, reservando la instancia judicial para el momento en el que la ruptura entre los intereses que confluyen hace necesaria la intervención del mediador público. MENÉNDEZ ALZAMORA, M., “Derecho a la información y autocontrol: los límites profesionales a la libertad de expresión”, *Communication & Society*, vol. 6, núm. 1 y 2, 1993, p. 189.

En suma, la autorregulación se relaciona no solo con la capacidad normativa de las instituciones sectoriales competentes, sino también con el establecimiento de mecanismos de defensa que garanticen el cumplimiento de tales disposiciones así como el resarcimiento en caso de que determinadas conductas, vulnerando lo establecido en los Códigos y guías de conducta, hayan causado perjuicios al cliente bancario. Así las cosas, apuntamos que los Códigos de Conducta de los sistemas anglosajones y la normativa sobre transparencia y protección al consumidor española exigen, como mecanismos de tutela de los legítimos intereses económicos de los clientes bancarios, la creación de procedimientos de solución de controversias (planteadas en forma de quejas y de reclamaciones, aunque también tienen cabida las sugerencias y consultas). En este sentido, en el ámbito bancario se han diseñado dos tipos de procedimientos que lidian con las demandas de los clientes, uno interno (IDR) y otro externo (EDR)⁶⁵², representados por el Servicio de Atención al Cliente, por un lado, y por el Defensor del Cliente y el *Ombudsman* bancario, por otro. En el presente Capítulo analizaremos los procedimientos seguidos por estos sistemas IDR y EDR como vías de recurso de los consumidores bancarios específicas de las entidades de crédito, en concreto, los mecanismos previstos en España, Reino Unido y Australia.

⁶⁵² Vamos a emplear la terminología del modelo australiano porque consideramos que refleja correctamente la estructura del procedimiento de resolución de quejas y reclamaciones en el marco de la contratación bancaria con consumidores.

II. SISTEMAS IDR (INTERNAL DISPUTE RESOLUTION)

La creación de estos mecanismos, a pesar de sus deficiencias, constituye un gran avance en la evolución de los derechos de los consumidores de productos y servicios bancarios, reflejo de la preocupación de los poderes públicos, así como de las instituciones financieras reguladoras y supervisoras, por la protección de los intereses económicos de los clientes de entidades de crédito. Por otra parte, esta iniciativa responde a políticas de mejora de la calidad de los servicios prestados por las entidades, esto es, de la banca de relaciones potenciada por el marketing relacional, que considera la confianza de los consumidores como clave para incrementar la productividad y, con ella, la rentabilidad de las propias entidades de crédito.

1. Servicio de Atención al Cliente

Detallado *supra*, los sistemas jurídicos anglosajones cuentan con Códigos que regulan la actividad bancaria (el *Banking Code* inglés y el *Code of Banking Practice* australiano). Ambos Códigos establecen, e igualmente nuestra Orden ECO/734/2004, la obligación de las entidades de crédito⁶⁵³ de desarrollar un procedimiento interno de resolución de

⁶⁵³ Esta Orden establece en su artículo 2 el ámbito de aplicación, especificando que quedarán sujetas a sus disposiciones las siguientes entidades: a) las entidades de crédito; b) las empresas de servicios de inversión; c) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva; d) las entidades aseguradoras; e) las entidades gestoras de fondos de pensiones, con las precisiones establecidas en la disposición adicional primera de esta Orden; f) las sociedades de correduría de seguros; g) las sucursales en España de las entidades enumeradas en los párrafos anteriores con domicilio social en otro Estado.

Sin embargo, en lo que a este estudio concierne, nos centraremos solamente en los procedimientos extrajudiciales previstos por las entidades de crédito.

conflictos en el seno de la propia entidad (utilizando el Código australiano la nomenclatura IDR) como trámite previo para acudir ante el *Ombudsman*. Del mismo modo, las entidades gozan de un amplio margen de actuación en lo que respecta a la regulación de estos Servicios de Atención al Cliente a través de sus Reglamentos internos, si bien deben respetar unos mínimos en aras de salvaguardar los principios y garantías de todo procedimiento extrajudicial de conflictos cuyo fin último no es otro que dispensar una protección adecuada y garantizar la tutela de los derechos e intereses de los clientes bancarios.

No obstante, el régimen legal español dista del modelo anglosajón, no respecto de la existencia de un Servicio de Atención al Cliente, sino de la facultad de las entidades de crédito de disponer de otra institución, el Defensor del Cliente, como instancia a caballo entre el Departamento de Atención y el *Ombudsman*. Ahora bien, en lo que respecta a los sistemas o mecanismos IDR, solamente resulta de interés en este punto el Servicio de Atención al Cliente, pues se configura, al igual que en los sistemas anglosajones, como un servicio más ofertado por la entidad de crédito.

Efectivamente, la Orden ECO/734/2004 establece el deber de las entidades de crédito de disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes, que será único en caso de que tales entidades conformen un mismo grupo económico. Imperativo establecido en cumplimiento de la habilitación al Ministro de Economía para regular los requisitos a respetar por el departamento o servicio de atención al cliente y el defensor del cliente, así como el procedimiento a que somete la resolución de las reclamaciones contenido en el artículo 31 de la Ley 44/2002.

Al respecto, lo realmente importante de esta nueva regulación no es el hecho de que se deba crear un Servicio de Atención al Cliente, pues, como se dijo, algunas entidades de crédito ya contaban con servicios similares encargados de resolver de una manera eficaz las quejas y reclamaciones de sus consumidores, sino la obligatoriedad de su implantación. Es esta obligatoriedad lo que supuso, en la práctica, que las propias entidades bancarias tomaran conciencia de que la disposición de un servicio que diera respuesta a las reclamaciones o incluso consultas de los clientes constituye un factor clave en la garantía de un trato de calidad a los clientes. Ello supuso, a su vez, la adopción de otras medidas y ajustes necesarios para que este tipo de procedimientos respete los principios de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación.

Por tanto, todas las entidades de crédito supervisadas por el Banco de España están obligadas a disponer de un Servicio de Atención al Cliente y, potestativamente, de un Defensor del Cliente, si bien es cierto que este último se configura como un órgano ajeno y separado de la estructura orgánica de la entidad de crédito, por lo que será estudiado como sistema EDR.

2. Régimen de competencia

Este Servicio ha sido previsto en todos los ordenamientos como correlato al deber de resolver las quejas y reclamaciones presentadas por los clientes contra las entidades de crédito, derivadas de la vulneración de sus legítimos derechos e intereses económicos asociados al contrato suscrito. Sin embargo, nada se dice acerca de las consultas.

Sabemos que los clientes pueden plantear estos tres recursos contra las actuaciones de las entidades de crédito que les hayan supuesto un perjuicio o menoscabo de sus derechos. Distinción recogida en nuestro ordenamiento en la Orden ECC/2502/2012, pero no en la regulación anterior contenida en la Ley 44/2002 y en la Orden ECO/734/2004. Es precisamente por la ausencia de cualquier mención a esta posibilidad en la normativa reguladora de estos procedimientos por lo que nos planteamos si los Servicios de Atención al Cliente ostentan algún título competencial para conocer de las mismas o, por el contrario, se excederían en el cumplimiento de sus funciones. Es cierto que no existe ningún imperativo legal para que tales Servicios analicen de las consultas, estando, por tanto, ante una cuestión nada baladí por cuanto la presentación de estos instrumentos jurídicos –así como de las reclamaciones y de las quejas– en esta sede queda configurada como requisito indispensable para su tramitación ante la instancia del *Ombudsman*.

A nuestro juicio, las consultas se han convertido en un elemento muy útil para la identificación de posibles fallos en la operativa de las entidades de crédito, así como un cauce a través del cual pueden, bien evitarse, bien solventarse, futuros conflictos. Consideramos importante que los Servicios de Atención al Cliente tengan competencias –aun cuando sean *de facto*– para resolver cuantas consultas les sean planteadas por los consumidores. No obstante, debe tenerse en cuenta el considerable volumen que éstas pueden alcanzar, lo que podría perturbar el normal funcionamiento del sistema, entorpeciendo la resolución de reclamaciones y quejas, que son su prioridad. Por ello, las propias entidades de crédito deberían quedar expresamente habilitadas para determinar aquellas materias sobre las que pudieran entrar a conocer, debiendo por ello

elaborar *ex ante* una lista de las consultas que pueden tratar, redactada en términos tales que quedaran incluidas en la definición de consulta de la propia Orden ECC/2502/2012, debiendo igualmente dirigir el resto de consultas a las respectivas sucursales o departamentos internos para correcta resolución.

3. La cuestión de la independencia

La independencia del Servicio de Atención al Cliente como mecanismo de tutela de los intereses de los clientes constituye la clave del éxito de este procedimiento. En efecto, la percepción de los propios clientes sobre la independencia y autonomía de este órgano respecto de la entidad de crédito contra la que reclaman es un elemento esencial para la concurrencia y utilización del mismo. A tal efecto, debemos analizar esta cuestión desde un punto de vista amplio, dado que no se trata solamente de una cualidad, sino también de un principio consagrado en el Derecho europeo que debe ser en todo caso respetado y garantizado.

El legislador ha establecido, como garantía de independencia, la concurrencia, en el titular del Departamento o Servicio de Atención al Cliente de la entidad, de honorabilidad comercial y profesional, –así como de los conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones–, entendiéndose que concurre honorabilidad comercial y profesional en “*quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales y financieras*” (artículo 5.1 de la Orden). Ahora bien, su designación compete al Consejo de Administración u órgano similar, lo que no implica sino una clara

vinculación con la entidad de crédito. De igual forma se deja al criterio de las entidades la regulación relativa al funcionamiento de este Servicio, careciéndose por tanto de unos criterios mínimos sobre la duración del mandato, el régimen de incompatibilidad para ejercer el cargo e incluso las posibles causas de cese, lo que supone, a nuestro entender, una clara vulneración del principio comunitario de independencia.

Por otra parte, puesto que se trata de un departamento incardinado en la propia estructura organizativa de la entidad de crédito, es necesario que ésta adopte las medidas necesarias para asegurar la separación de este servicio del resto de servicios comerciales u operativos de la organización, en aras de garantizar la autonomía en la toma de decisiones y evitarse así conflictos de interés. Además, la entidad de crédito debe poner a su disposición los medios materiales, humanos, técnicos y organizativos que permitan la adopción de una resolución adecuada y rápida. De lo anterior se colige que el legislador ha considerado que la independencia del Servicio está relacionada con su separación “física” del resto de departamentos de la entidad. Resulta confuso que hable de separación pero igualmente que establezca su constitución en el seno de la propia entidad, por lo que debemos plantearnos de si se trata de una separación formal o, por el contrario, de una separación funcional.

No es posible establecer una independencia absoluta⁶⁵⁴ de estos Servicios en tanto en cuanto están integrados en la estructura orgánica de la entidad. Sin embargo, la independencia “relativa” exigible a estos departamentos debe ser el resultado de la existencia de la separación en un

⁶⁵⁴ En el mismo sentido, BARRAL VARELA, G., “El Servicio de Atención al Cliente de las entidades de crédito”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, p. 205.

doble sentido. Por un lado, debe garantizarse una separación formal de manera que el cliente perciba que su recurso está siendo conocido por un departamento, aunque orgánicamente integrado en la propia entidad, especializado exclusivamente en el análisis y resolución de los conflictos. Por otro lado, también debe asegurarse una separación funcional, de forma que el Servicio de Atención pueda resolver las reclamaciones y quejas sin quedar sometido a los criterios o directrices de las entidades, así como del funcionamiento del resto de departamentos de la entidad de crédito.

Finalmente, otro problema que entendemos nace de la integración de este órgano en la propia estructura de la entidad de crédito, coincidente también en la figura del Defensor del Cliente, deriva del incumplimiento y vulneración del principio de transparencia consagrado en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE. Ambos organismos, como órganos o departamentos creados por las entidades de crédito, quedan compelidos para presentar anualmente, ante el Consejo de Administración de la propia entidad o, en su caso, del grupo de entidades, un informe explicativo de las funciones que desarrollan⁶⁵⁵. Informe que, sin embargo, no trasciende de la propia entidad, pues en ningún caso se contempla su publicación para el conocimiento del público en general y de su clientela en particular. Así las cosas, estos Informes que en teoría deberían servir de una suerte de escaparate de la actividad llevada a cabo por la entidad en lo que concierne a los cauces para tutelar los derechos e intereses

⁶⁵⁵ Obligación establecida en el artículo 17.1 de la Orden ECO/734/2004, de la siguiente manera: “*Dentro del primer trimestre de cada año, los departamentos y servicios de atención al cliente y, en su caso, los defensores del cliente, presentarán ante el consejo de administración u órgano equivalente o ante la dirección general de la sucursal, en su caso, un informe explicativo del desarrollo de su función durante el ejercicio precedente (...)*”.

económicos de sus clientes, queda constreñida a un mero sistema de control de calidad que sirve de fuente para medir el nivel de confianza y satisfacción de los clientes con los productos y servicios que ofrecen y de las políticas de actuación para su comercialización. Por ello, abogamos por la publicidad necesaria de estos Informes –en las propias páginas web de las entidades– para su consulta por el público, garantizando la transparencia del servicio y el cumplimiento de los mandatos exigidos para avalar la independencia del Servicio de Atención al Cliente.

4. Naturaleza como órgano de primera instancia

El Servicio de Atención al Cliente ha quedado configurado legalmente como el primer trámite –o la primera fase– para la resolución de la reclamación, queja o consulta, actuando por tanto como órgano de primera instancia, si bien funcionará como única instancia en aquellos casos en los que el consumidor manifieste expresamente su conformidad con la decisión emitida por la entidad, poniendo fin al procedimiento.

Al respecto, VICENT CHULIÁ⁶⁵⁶ considera la imposición de este requisito previo de acudir en primer lugar ante los Servicios de Atención al Cliente como una medida que solo ocasiona una demora excesiva en la satisfacción de las pretensiones jurídicas. Sin embargo, consideramos que este trámite, aun cuando es cierto que en algunos casos supone demorar la obtención de una resolución final que satisfaga las pretensiones del cliente perjudicado, es la vía por la que generalmente se resuelven los conflictos

⁶⁵⁶ VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, en AA.VV., *Contratos bancarios, op. cit.*, p. 54.

menores, permitiendo la continuación de la relación jurídica sin mayores perjuicios. No obstante, debería permitirse, en aras de una mayor agilidad, la presentación de la reclamación o queja directamente ante el *Ombudsman* o, sin necesidad de pasar por esta especie de primera instancia. Con ello se lograría reducir el tiempo para la obtención de una decisión final motivada por un experto independiente. Ahora bien, esta opción debería quedar, por otra parte, limitada a la concurrencia de unas circunstancias tasadas recogidas en una lista *numerus clausus* con el fin de evitar un colapso de estos organismos por disputas que perfectamente pueden quedar resueltas en el seno de la propia entidad.

De la misma forma, en caso de acudir al Servicio de Atención al Cliente o al Defensor del Cliente con carácter previo, aquellos expedientes que hubieran finalizado con una decisión favorable al cliente deberían ser remitidos a los Organismos Supervisores (Banco de España, FCA y APRA, respectivamente para España, Reino Unido y Australia) para la imposición de una sanción motivada por el incumplimiento de los Códigos de Conducta o la vulneración de la normativa de transparencia bancaria y de protección de los consumidores.

5. Procedimiento

El procedimiento en sede del Servicio de Atención al Cliente conforma la primera fase del procedimiento extrajudicial de solución de conflictos bancarios en su concepción global, siendo que, en muchos casos –aquellos donde la decisión satisfaga al consumidor reclamante– actúa como única instancia.

El Capítulo III de la Orden ECO/734/2004 se encarga de regular el procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de las quejas y reclamaciones formuladas por los clientes bancarios. Sin embargo, debemos también tener en cuenta las especificidades procedimentales contenidas en los Reglamentos para la Defensa del Cliente, elaborados en virtud del artículo 8 de la citada Orden. Este procedimiento es relativamente sencillo para los clientes bancarios, así como menos formalista que el procedimiento judicial o arbitral. Sin embargo, no por ello pueden dejar de observarse los trámites básicos e igualmente determinadas formalidades y requerimientos. Téngase en cuenta que, por lo general, este procedimiento sigue las mismas pautas en los tres sistemas bancarios objeto de este estudio, sin que ello sea óbice para que existan discrepancias que identificaremos y analizaremos.

5.1. Requisito tácito previo: negociación en la sucursal

Aun cuando no constituye un trámite legal ni reglamentario, así como tampoco un condicionante para la admisión a trámite de la reclamación, queja o consulta por parte del Servicio de Atención al Cliente, consideramos que realmente es el primer paso hacia la solución del conflicto. Así es, el cliente bancario deberá acudir en primer lugar a la propia sucursal donde suscribió el contrato para buscar una solución que le resulte satisfactoria. Generalmente, en estos casos, el cliente tratará con el Director de la oficina o con cualquier otro apoderado, si bien ello no es óbice a que pueda gestionar el conflicto con el gestor o el asesor con el que formalizó tal contrato.

La ejecución de este trámite es importante a efectos de reducir los conflictos que “escalan” a las siguientes instancias decisorias de la entidad de crédito. En efecto, es posible que desde la propia sucursal se gestione la rectificación de su actuación controvertida, evitando que el conflicto llegue a mayores, lo que en la práctica supone la innecesaridad de instar el procedimiento extrajudicial de solución de conflictos al mismo tiempo que se contribuye a mantener la confianza del cliente (reclamante) en la entidad y en su capacidad para dar una solución rápida a los problemas planteados.

5.2. Presentación de las quejas y reclamaciones

Con carácter previo a la identificación de los trámites a realizar por los clientes bancarios en el ejercicio de su derecho a someter a conocimiento y decisión del Servicio de Atención al Cliente de su queja o reclamación, cabe reseñar que este procedimiento es gratuito para los usuarios, lo que constituye una de las grandes ventajas de este sistema en contraposición con la costosa vía judicial. Ahora bien, esta ventaja puede conducir a la masificación de las quejas y reclamaciones e incluso a la proliferación de reclamaciones infundadas que solo traten de entorpecer el servicio prestado o como medio para reclamar sobre cualquier cuestión aun cuando escapen del ámbito de actuación del propio Servicio.

El procedimiento se inicia a instancia de parte, por la presentación, bien personalmente, bien mediante representación debidamente acreditada, de las reclamaciones o quejas. Nada dice la norma de qué sujetos pueden ostentar la representación, por lo que se entiende que no se contemplan limitaciones a los requisitos que debe reunir dicho representante, pudiendo

tratarse de una asesor legal o de un experto en la materia. De cualquier modo, la presentación de las reclamaciones o quejas debe reunir un conjunto de requisitos de forma y de fondo, que procedemos a especificar a continuación.

5.2.1. *Requisitos de forma*

El requisito básico de carácter formal exigido a todo recurso es su plasmación por escrito, lo que no es óbice a la utilización de distintas vías de presentación. En efecto, la incorporación de las nuevas tecnologías a la actividad diaria de los consumidores –a todos los niveles: personal, laboral, social, etc. –, ha sido considerada por el legislador, permitiendo por tanto la formulación de las reclamaciones y quejas en soporte papel o a través de los medios informáticos, electrónicos o telemáticos habilitados a tal fin por las entidades de crédito, cumpliendo los términos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica⁶⁵⁷. Este principio de escritura opera en el sentido de que, aun cuando sean presentadas por estos medios, sea posible la lectura, impresión y conservación de los documentos. Sin embargo, las quejas o reclamaciones en soporte papel deben presentarse ante el Servicio de Atención al Cliente, ante el Defensor del Cliente o en cualquier sucursal abierta al público de la entidad. Asimismo, en los países anglosajones cabe la presentación por vía telefónica, a través de diversas líneas de teléfono habilitadas al efecto, los denominados *call centers*. Las entidades suelen ofrecer varios números de

⁶⁵⁷ BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.

teléfono según se trate de controversias relacionadas con contratos de préstamos, hipotecas, medios de pago o seguros, entre otros.

En todo caso, con independencia del medio de presentación, debe quedar constancia de la fecha en la que se ha interpuesto la reclamación, para lo cual los distintos reglamentos internos de estos Servicios establecen que deben emitir acuse de recibo al cliente de su queja o reclamación⁶⁵⁸.

En otro orden, dado el número de asuntos a tratar, de la misma forma que se han estandarizado los contratos bancarios, también lo han hecho las reclamaciones y quejas. Así pues, las entidades de crédito han puesto a disposición de sus clientes formularios al efecto con las rúbricas e instrucciones de los datos que deben ser cumplimentados por los clientes reclamantes, que se encuentran disponibles en las propias páginas web de las distintas entidades. Inclusive está disponible la opción de cumplimentar el formulario de forma *online*, directamente a través de la plataforma habilitada. A nuestro juicio, la utilización de estándares para la presentación de reclamaciones reporta grandes ventajas en términos de seguridad y celeridad en la tramitación de las mismas. Efectivamente, los clientes disponen de una guía sobre la información que deben aportar a la entidad mientras que las entidades pueden identificar más rápidamente los elementos esenciales de la reclamación. Ahora bien, la existencia de formularios para la presentación de la queja o reclamación no es óbice a la

⁶⁵⁸ DISP rule 1.6.1R: “*On receipt of a complaint, a respondent must: (1) send the complainant a prompt written acknowledgement providing early reassurance that it has received the complaint and is dealing with it; and (2) ensure the complainant is kept informed thereafter of the progress of the measures being taken for the complaint's resolution*”.

posibilidad de que el cliente pueda presentar tales recursos mediante un escrito de elaboración propia o incluso a través de su representante legal, siendo ésta otra manifestación del principio de flexibilidad procedimental.

5.2.2. Requisitos de fondo

Con independencia de la forma y del medio empleados para su formulación, las reclamaciones y quejas deben contener una determinada información. La Orden ECC/734/2004 sienta los mínimos necesarios para una correcta presentación (artículo 11.2), que pueden ser concretados y ampliados por las propias entidades a través de los Reglamentos de funcionamiento, y que son también compartidos por los sistemas anglosajones, a saber:

- Datos del reclamante: nombre, apellidos y domicilio del interesado y, en su caso, de la persona que lo representa, debidamente acreditada; número del documento nacional de identidad o del pasaporte para las personas físicas y datos referidos a registro público para las jurídicas.
- Identificación del fondo de la controversia: motivo de la queja o reclamación, con especificación clara de las cuestiones sobre las que se solicita un pronunciamiento y de la cuantía económica reclamada, en su caso.
- Oficina u oficinas, departamento o servicio donde se hubieran producido los hechos objeto de la queja o reclamación y especificación de la entidad a la que pertenecen.

- Que el reclamante no tiene conocimiento de que la materia objeto de la queja o reclamación esté siendo sustanciada a través de un procedimiento administrativo, arbitral o judicial.
- Lugar, fecha y firma.

El reclamante deberá aportar, junto al documento anterior, las pruebas documentales que obren en su poder en que se fundamente su queja o reclamación y, en su caso, el documento que acredite la representación. En caso de que la reclamación se haya interpuesto por vía telefónica –circunstancia muy habitual en Reino Unido–, será el empleado del *call center* quien cumplimentará todos estos datos con la información que le proporcione el cliente. Este formulario debe ser remitido por correo postal al cliente para su revisión y, en su caso, mejora con otros datos de interés. El cliente, por su parte, enviará de nuevo a la entidad el formulario completo junto con la documentación que estime oportuna que sustente su reclamación para su tramitación.

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.

5.2.3. Requisito temporal

En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de los anglosajones, ha fijado un límite temporal, que actúa como plazo de caducidad, para la presentación de las quejas y reclamaciones. Así pues, la Orden ECO/734/2004 marca la pauta que debe regir en los propios

Reglamentos internos elaborados por las entidades, señalando que el plazo no puede ser inferior a dos años. Sin embargo, aun cuando simplemente delimita el límite mínimo, encontramos uniformidad de criterio al haber establecido todas ellas este plazo de dos años a contar desde la fecha en que el consumidor tuviera conocimiento de los hechos causantes de la queja o reclamación. En caso de haber transcurrido dicho plazo, el Servicio de Atención no entrará a conocer el recurso, recayendo 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. Por el contrario, en los ordenamientos anglosajones no se han establecido un plazo concreto transcurrido el cual los clientes no pueden interponer una reclamación. De hecho, cabe que planteen dicha reclamación incluso habiendo finalizado o cancelado el contrato controvertido. Precisamente, este es el criterio seguido por las entidades financieras de Reino Unido en la resolución de los litigios relacionados con los PPI. En este sentido, aunque este contrato ya estuviera extinto –por la realización de todas las cuotas debidas–, el cliente podría interponer una queja en caso de contar con indicios suficientes de la falta de información suficiente con carácter previo a la celebración del contrato.

5.3. *Admisión a trámite de las quejas y reclamaciones*

Una vez recibida la reclamación o queja y abierto el correspondiente expediente, el Servicio de Atención al Cliente debe efectuar una serie de comprobaciones para determinar si adolece de errores materiales o formales y, en su caso, si son susceptibles de subsanación. En este sentido,

las entidades solicitarán la aportación de datos complementarios en aquellos casos en los que la reclamación no se encuentra suficientemente acreditada respecto de la entidad del reclamante o no pudiesen establecerse con claridad los hechos por los que se reclama. A tal fin se concederá al cliente un plazo de diez días naturales para la subsanación de esta información, de lo contrario, se procederá al archivo de la causa. En cualquier caso, este periodo no se computará a efectos del plazo habilitado para la emisión de la decisión final.

En consecuencia, no todos los errores son subsanables, por lo que las reclamaciones deben contener una serie de datos e información cuya ausencia o defecto conllevará irremediabilmente a su inadmisión a trámite. Estos condicionantes son los que siguen:

- Deben incluir todos los datos esenciales –incluido, por supuesto, el motivo por el que se reclama–.
- Debe tratarse de un asunto que no esté siendo conocido por órganos arbitrales, administrativos o judiciales, pues ello implica la falta de competencia de este Servicio.
- Debe referirse a una operación o actuación concreta, no puede estar redactada en términos abstractos y excesivamente amplios.
- Debe guardar relación con la posible vulneración o menoscabo con los intereses y derechos de los clientes legalmente reconocidos.
- No deben referirse a asuntos ya presentados y resueltos por el mismo Servicio de atención al Cliente.

De igual forma, los distintos Reglamentos han previsto que los Servicios de Atención no podrán entrar a conocer de las cuestiones relativas a:

- Las relaciones de las entidades con sus accionistas, como tales.
- Las relaciones laborales de las entidades con sus empleados.
- Las relaciones de las entidades con sus proveedores.
- Los productos y servicios comercializados o contratados fuera del territorio español.
- Controversias sobre hechos cuya prueba únicamente puede ser realizada en vía judicial o cuya resolución requiera necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa sobre transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros.

La inadmisión de la reclamación o queja por alguna de las causas citadas debe ser notificada al interesado mediante una resolución motivada, otorgándole el mismo plazo de diez días naturales para la presentación de las alegaciones que estime oportunas. Aun así, en caso de que estas alegaciones no se consideren suficientes para admitir la reclamación a trámite, se procederá a notificar nuevamente la inadmisión a través de la decisión final.

Otra cuestión que llama nuestra atención y que, por otra parte, resulta lógica, es la prioridad otorgada a la vía administrativa, judicial o arbitral, en caso de simultaneidad en la tramitación de la misma reclamación (artículo 12.3 *in fine*). Así pues, se establece la

incompatibilidad en la tramitación por estas vías, sin perjuicio de que el cliente reclamante acuda a ellas una vez finalizado este procedimiento ante el Servicio de Atención al Cliente. Entendemos que la razón de esta prevalencia radica en los efectos jurídicos que se derivan de las resoluciones judiciales o de los laudos arbitrales, pues en ambos casos constituyen títulos ejecutivos y poseen valor de cosa juzgada, mientras que las decisiones emitidas por este Servicio serán vinculantes para la entidad en caso de aceptación por el interesado.

5.4. *Tramitación de las quejas y reclamaciones*

Admitida la reclamación a trámite y abierto el expediente, el Servicio de Atención al Cliente procederá a analizar y estudiar los hechos alegados y la documentación aportada por ambas partes para emitir una decisión. A tal fin, queda facultado para recabar, de cualquiera de las partes, todos los datos, aclaraciones, informes o elementos de prueba que considere necesarios para adoptar una decisión.

Sin embargo, ninguna de las normativas aquí estudiadas detalla o concreta los trámites en que consiste esta fase del procedimiento, ni siquiera los plazos en los que las partes deben subsanar esta información, quedando a merced de la decisión de las entidades en la elaboración de los Reglamentos aunque, por otra parte, esta ausencia de normativa refleja la flexibilidad y el antiformalismo característicos de este procedimiento. Tampoco del estudio de los diferentes Reglamentos se desprende mayor concreción salvo la relativa al plazo de cumplimentación de la documentación solicitada reflejo, por otra parte, del interés de las entidades en que se trate de un periodo lo más breve posible para disponer

de mayor tiempo para la correspondiente investigación del asunto. Al respecto, observamos diferencias de criterio que oscilan entre la concesión, para ambas partes, de entre diez y quince días. Ahora bien, el sistema inglés presenta mayor flexibilidad en este punto, pues aunque establezcan un plazo para obtener la documentación, pueden mantener contacto tanto con la sucursal como con el cliente durante el desarrollo de esta fase, especialmente con el cliente, para obtener cuanta información sea requerida o incluso para realizar las aclaraciones oportunas para una mejor comprensión del objeto de la controversia.

5.5. *Cálculo de la compensación económica: el llamado «D & I»*

Aunque *per se* no constituye un trámite, es, sin duda alguna, una cuestión procedimental importante desde la perspectiva de todo consumidor: la posible indemnización por los daños y perjuicios causados. Nótese que en el ordenamiento español solamente los tribunales de justicia son competentes para conocer de esta indemnización. Empero, los Servicios de Atención y, en su caso, el Defensor del Cliente, son competentes para determinar una compensación económica en tal sentido. A ello responde la terminología “*Distress & Inconvenience*” (en adelante, D&I) empleada en el sistema bancario inglés y que traemos a colación aquí para el análisis de este aspecto por reflejar el contenido de dicho resarcimiento.

A *priori* podría pensarse que el menoscabo de los derechos e intereses económicos de los clientes bancarios es traducible a términos estrictamente monetarios, es decir, que los daños son exclusivamente de índole económica. Sin embargo, la realidad nos indica que no siempre es

así. En consecuencia debemos distinguir, en términos generales, dos clases de perjuicios. Por un lado, los daños propiamente económicos o pecuniarios, que comprenden las pérdidas financieras y materiales. Por otro lado, los daños no pecuniarios en los que quedarían englobados 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. Al respecto, piénsense, por ejemplo, en el caso en que la entidad de crédito –por incumplimiento de la obligación encomendada por el cliente o incluso por un error humano– no realice el pago de un cheque o una transferencia cuyo ordenante es una gran empresa que cuenta con fondos suficientes. Pues bien, las consecuencias no son solamente económicas, pues la imagen corporativa de la empresa quedará dañada. De ahí la importancia en la celeridad de resolución de los conflictos con consumidores que estos mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos ofrecen.

Ahora bien, resulta obvio que no cualquier perjuicio debe ser reparado por la entidad de crédito, pues solamente serán reembolsables aquellos que resulten de una relación de causalidad con una actividad realizada por la propia entidad en el marco del contrato en cuestión. Así, por ejemplo, las pérdidas económicas sufridas por el cliente en caso de sustracción de la tarjeta de débito o crédito cuando el número secreto “PIN” estuviera anotado en el propio plástico, son resultado de la acción negligente del cliente, por lo que la entidad de crédito no se responsabiliza de tales pérdidas.

Si bien no existen criterios concretos sobre los conceptos que deben ser considerados para la determinación de la cuantía a pagar por la entidad en caso de que la decisión sea conforme a las pretensiones del cliente

reclamante, decidiendo cada entidad, conforme a sus propios estándares, el valor económico en concepto de reparación, la casuística (del conjunto del procedimiento, tanto del IDR como del EDR) nos permite agrupar estos daños dentro del concepto global de “*distress*”. Para ello, es necesario que la entidad de crédito analice el motivo del error o actividad que ha sido la causa del conflicto, las consecuencias directas y el impacto adicional sufrido en la persona del reclamante. Circunstancias que quedan englobadas bajo las expresiones como “*maladministration*”, “*pain and suffering*” y “*damage to reputation*”. El primero de los conceptos – *maladministration*– refiere de la finalidad básica del *Ombudsman* original, consistente en evitar la mala administración y gestión por parte de los organismos públicos que, reconducido al ámbito bancario, radica en controlar y corregir las conductas de las entidades relativas a retrasos indebidos en la comisión de sus encargos, errores cometidos en la realización de sus actividades, deplorable atención dispensada, entre otras. El concepto “*pain and suffering*” alude a aquellos daños englobados en el término “*distress*”, pero cuyas consecuencias presentan mayor gravedad. Aquí se encuadran las anteriores, pero llevadas al extremo, lo que redundaría en una mayor compensación económica. Finalmente, los perjuicios comprendidos en la noción de “*damage to reputation*” son tenidos en cuenta tanto por esta instancia como por el *Ombudsman* anglosajón, aun cuando sea simplemente como gesto de buena voluntad (*gesture of goodwill*). Este agravio se produce en aquellos casos en los que la propia entidad de crédito hace pública una información de carácter privado del cliente, siendo asimismo revelada a un tercero que, en ningún caso, debiera tener conocimiento de dicha información. Ante tal revelación se debe averiguar si se ha ocasionado efectivamente un perjuicio en la

imagen y reputación del cliente (normalmente sucede cuando se trata de clientes personas jurídicas) o, por el contrario, no ha sido sufrido perjuicio alguno. En el primer caso, resulta obvio que la entidad debe ofrecer una compensación al cliente, mientras que en el segundo puede ofrecer una cuantía como gesto de buena voluntad para recompensar por la falta de diligencia debida en la actuación de la entidad. Pero, en todo caso, queda supeditado al criterio del miembro del Servicio de Atención al Cliente que esté conociendo de la reclamación.

Otra cuestión que ha suscitado bastante debate ha sido la relativa al coste de las llamadas a estos Servicios de Atención⁶⁵⁹. En efecto, mientras el legislador –tanto español como anglosajón– se han mantenido al margen de toda discusión, los consumidores han venido reclamando la gratuidad de la atención telefónica –en sede de los Servicios de Atención al Cliente y del Defensor del Cliente–, pues ciertamente no es más que una extensión o vía de acceso del procedimiento de resolución de conflictos.

A nuestro juicio, la dejadez del legislador español en la regulación de esta trivial cuestión no hace sino poner de manifiesto su posicionamiento a favor de las entidades de crédito a las que, por otro lado, tampoco impone la devolución de estos costes ni siquiera cuando la decisión final sea favorable al cliente reclamante. Parecía, sin embargo, que el lobby ejercido por las asociaciones de usuarios de servicios financieros –apoyadas por las asociaciones de consumidores en general– había devenido crucial, al menos en nuestro ordenamiento, para la

⁶⁵⁹ MENDOZA LOSANA, A. I., “Servicios de Atención al Cliente en la Ley 3/2014, otra oportunidad desaprovechada”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 97-101.

redacción de la Ley 3/2014. Nada más lejos de la realidad. Si bien es cierto que el legislador finalmente se ha decidido por regular el régimen tarifario de este servicio, no es menos cierto que no lo hace para aclarar la cuestión, sino más bien para añadir, aún más si cabe, confusión, pero ahora no solo a los clientes bancarios, sino también a las propias entidades. Así es, el apartado cinco del artículo único de la citada Ley, ofreciendo una nueva redacción del artículo 21.2 del TRLGDCU, indica que “(...) *En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas*”.

Del contenido de esta disposición se infiere la prohibición de la utilización de números de tarificación adicional –asociados normalmente a los prefijos 900, 901, 902, y algunos a los prefijos 803, 806, 807, entre otros–, pues ello conllevaría a que el consumidor incurriera en un coste adicional o extraordinario a su tarifa de teléfono. Ahora bien, tampoco el legislador ha aprovechado la ocasión para establecer un coste fijo o incluso una franja tarifaria, limitándose simplemente a definir –vagamente y de forma excesivamente genérica– la noción de tarifa básica, que debe ser entendida como “*el coste ordinario de la llamada de que se trate, siempre que no incorpore un importe adicional en beneficio del empresario*”. Por tanto, los clientes bancarios quedan al arbitrio de los designios del empresario y de las empresas de telecomunicaciones para la determinación del coste de este tipo de llamadas que, salvo en el caso de la entidad Bankia, restringido a llamadas nacionales, ninguna entidad ofrece

un número de teléfono gratuito de Atención al Cliente. Es por ello que consideramos fundamental, en aras de obtener un procedimiento de resolución de litigios de calidad, la gratuidad –legalmente establecida– de todo el procedimiento, incluyendo efectivamente los servicios de atención telefónica, tanto para los actuales clientes como para los potenciales, convirtiéndose en un valor añadido que mejore el funcionamiento del procedimiento así como garantice la confianza de los consumidores en el mismo.

5.6. Finalización del procedimiento: emisión de la decisión

Analizada la información y documentación aportada por ambas partes, así como calculada, en su caso, la compensación económica que debe ser ofrecida al cliente reclamante, el Servicio de Atención al Cliente emite la decisión, constituyendo ésta la vía normal de terminación del procedimiento de resolución de conflictos en el marco de las propias entidades de crédito a través del cierre del expediente de reclamación. Sin embargo, debemos atender a una serie de requisitos, tanto de forma como de fondo, así como al plazo estipulado para emitir la resolución, que deben concurrir para que el procedimiento finalice de forma válida.

5.6.1. Requisitos de forma

De igual forma que la presentación de las reclamaciones o quejas, el único requisito formal exigido por la normativa es que ésta conste por escrito. Por tanto, no está sujeta a requisitos formales estrictos, pues ni siquiera se establece el formato específico que debe regir toda decisión.

Sin embargo, de la práctica se desprende el esquema que toda decisión debe seguir. Así, en primer lugar, debe contener un resumen de los hechos y circunstancias que desembocaron en la reclamación; en segundo lugar, los resultados de la investigación con base en la documentación e información aportada y, en tercer lugar, el contenido de la decisión.

Por otro lado, la forma establecida a efectos de notificación también cumple con el principio de escritura. No obstante, solamente en el ordenamiento español se fija un plazo determinado para ello, en concreto, diez días a contar desde la elaboración del dictamen, aunque se sobreentiende que en todo caso debe notificarse dentro del plazo estipulado en cada ordenamiento. Esta notificación debe remitirse a ambas partes, tanto al cliente interesado como a la sucursal de la propia entidad, pues recordemos que el Servicio de Atención, aun estructuralmente integrado en la entidad, es un departamento separado e independiente del resto de servicios.

Asimismo, del mismo modo que se permite la presentación de la reclamación o queja a través de medios informáticos, electrónicos o telemáticos, la notificación también puede llevarse a cabo por estas vías, siempre y cuando éstos permitan la lectura, impresión y conservación de los documentos. La elección de la vía de notificación queda supeditada a la voluntad del consumidor y, en su defecto, se realizará a través del mismo medio en que la reclamación fue presentada.

5.6.2. Requisitos de fondo

El marco normativo vigente no establece el contenido de las decisiones, sino que se limita a exigir la motivación de las mismas con

base en las cláusulas contractuales, las normas de transparencia y protección de la clientela aplicables, así como las buenas prácticas y usos financieros. Asimismo, como se dijo, también se debe tener en cuenta el contenido de sus decisiones anteriores, si bien éstas no son vinculantes. Sin embargo, en caso de que la resolución se aparte de los criterios de buenas prácticas fijados en las mismas, se deberá justificar este cambio en su razonamiento.

No obstante, de la práctica se desprende que el fallo de las resoluciones puede ser en uno de los siguientes sentidos:

- El Servicio de Atención acepta la reclamación y, en su caso, ofrece la correspondiente compensación y/o establece unas medidas correctoras de la actividad a ejecutar por la entidad.
- El Servicio de Atención no acepta la reclamación pero ofrece una compensación y/o establece medidas correctivas.
- El Servicio de Atención rechaza la reclamación sin ofrecimiento de compensación ni indicación de medidas a adoptar por la entidad.

Con independencia del sentido de la resolución, ésta debe incluir, bien como cláusula final, bien en documento separado, la mención al derecho del reclamante insatisfecho de acudir al *Ombudsman* y, en el sistema español, en caso de que así lo haya contemplado el Reglamento, la posibilidad de acudir ante el Defensor del Cliente como segunda instancia. Esta cláusula –o, según los casos, carta– es lo que el sistema anglosajón denomina *deadlock letter*, pues en ella se indica el plazo de caducidad de

la acción de reclamación ante esta instancia⁶⁶⁰. Igualmente, en los sistemas anglosajones se exige que se adjunte al dictamen el folleto informativo del FOS para que el cliente disponga de toda la información relevante de esta institución.

5.6.3. *Plazo para emitir la decisión*

Los plazos establecidos para la resolución de las reclamaciones de los clientes son, en términos generales, cortos, pues el objetivo es brindar al consumidor un sistema alternativo eficaz a la tradicional vía judicial.

Ahora bien, no existe uniformidad de criterios en cuanto al periodo de tiempo en el que las entidades deben tramitar y gestionar el conflicto. Así, debemos concretar el plazo estipulado en cada uno de los ordenamientos jurídicos aquí analizados.

En primer lugar, la Orden ECO 734/2004 recoge expresamente en su artículo 10.3 el plazo máximo de dos meses, a contar desde la presentación ante ellos de la reclamación o queja, que disponen tanto el Servicio de Atención al Cliente como del Defensor del Cliente para emitir el correspondiente pronunciamiento.

⁶⁶⁰ El contenido de la *deadlock letter* se establece en los siguientes términos: “*If you remain unhappy following my response, you can refer your complaint to the Financial Ombudsman Service. I have enclosed a leaflet that explains how you can do this. If you decide to contact them, it should be within six months of the date of this letter enclosing a copy of it, as they would need this for their investigation. I hope I have explained the reason for my decision and that it offers a fair resolution to the issue you have raised. If after consideration you would like to discuss any of the above points further, please do not hesitate to contact us*”.

En segundo lugar, la regulación de Reino Unido sobre este tipo de procedimiento, contenida en las DISP rules, sigue la línea del sistema español en lo que concierne al plazo otorgado a la entidad reclamada para la emisión de su decisión. Así pues, la DISP rule 1.6.2R establece la regla de las ocho semanas, dentro de las cuales la entidad bancaria debe remitir al cliente el contenido de su decisión. En la práctica, aun no siendo lo habitual ni tampoco lo deseable, cabe la posibilidad de que este plazo de ocho semanas esté a punto de expirar y la reclamación o queja continúe pendiente de ser evaluada por el Servicio de Atención al Cliente de la entidad. En estos casos, el propio Servicio contacta con el cliente –por correo postal y, si así lo estiman oportuno, también por teléfono– para informarle de la situación, explicándole las circunstancias que justifican el retraso en la emisión de un pronunciamiento. Al respecto, y he aquí una manifestación del carácter flexible del procedimiento, cabe la posibilidad de que la entidad reclamada incluya una solicitud al cliente reclamante, que debe aceptar expresamente para su validez, para extender este plazo de ocho semanas una o dos más. Ahora bien, la aceptación de esta ampliación del plazo no es vinculante a efectos de la facultad que recae sobre el consumidor de acudir a la siguiente instancia pasado el plazo legalmente establecido, es decir, el cliente, aun habiendo accedido a dicha ampliación, puede perfectamente acudir al FOS (UK) sin esperar la decisión final que pudiera serle remitida en la nueva fecha estipulada.

Finalmente, aunque se trate de un ordenamiento también anglosajón, no debemos caer en el error de pensar que sigue los estándares marcados por el sistema inglés. En este sentido, el regulador australiano ha previsto unos plazos mucho más breves que los estipulados en los ordenamientos europeos mencionados. Términos que han quedado expresamente

recogidos en su *Code of Banking Practice*, en concreto en los apartados segundo y tercero de la cláusula 37. Por un lado, en caso de que la reclamación sea presentada por una persona física (individual) o una pequeña empresa a la que son aplicables los estándares fijados por la ASIC sobre los procedimientos IDR, esta norma remite a otra más específica, la *Regulatory Guide 165*⁶⁶¹, donde la disposición 165.89 marca un plazo de 45 días para la resolución de la reclamación, salvo que el consumidor acredite dificultades económicas (normalmente en el marco de los contratos de crédito al consumo y de arrendamiento) o incluso se haya solicitado el aplazamiento del procedimiento de ejecución, este plazo queda reducido a 21 días, salvo que el Servicio de Atención al Cliente requiera de mayor información que la aportada por las partes en un principio, para lo cual dispondrá de una ampliación de 7 días para resolver la cuestión. Por otro lado, en aquellos casos en los que el reclamante no sea ninguno de los anteriores, los plazos son incluso más breves. Efectivamente, en el lapso de 21 días la entidad debe bien remitir al cliente la decisión, bien requerirle más tiempo aunque, salvo circunstancias excepcionales, no podrá exceder de 45 días. Ahora bien, en aquellos casos en los que la entidad no haya podido resolver la reclamación en este período, deberá informar al cliente de cuáles han sido los motivos de su incumplimiento así como señalarle la nueva fecha de resolución.

En suma, aun cuando las diferentes reglamentaciones estipulen plazos concretos para la resolución de las decisiones, observamos que los ordenamientos anglosajones se caracterizan por una mayor flexibilidad

⁶⁶¹ El contenido de ésta y otras *Regulatory Guides* está disponible en: <http://www.asic.gov.au/rg>, consultado el día 18 de septiembre de 2014.

respecto del ordenamiento español, permitiendo a la entidad de crédito – *motu proprio*– solicitar al cliente reclamante la ampliación del plazo para la correcta resolución de su problema. Con todo, se trata de plazos breves que ponen de manifiesto la celeridad que debe caracterizar a este tipo de cauces de obtención de tutela.

5.6.4. Naturaleza jurídica de la decisión ¿fuerza vinculante?

La fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los Servicios de Atención al Cliente es una cuestión en parte relacionada con el éxito del propio servicio, pues si tales resoluciones no vinculan a la entidad, la eficacia de este procedimiento es cuanto menos cuestionable, amén de la negativa percepción por parte de los clientes (reclamantes y no reclamantes) de que el servicio es en realidad una mera estrategia de marketing de las entidades en beneficio de la buena imagen de cara al público, pero no un medio de tutela para los clientes que han sufrido algún perjuicio derivado de una actuación o política de la entidad bancaria. Así las cosas, la naturaleza de estas decisiones en lo que respecta a su carácter vinculante para las partes difiere según el ordenamiento jurídico de que se trate.

Por un lado, las resoluciones del Servicio de Atención al Cliente de las entidades españolas solo serán vinculantes si así lo ha previsto la propia entidad de crédito, pues recordemos que gozan de plena libertad de regulación en lo que respecta a su organización estructural y funcional. En consecuencia, las entidades no están obligadas a regular este Servicio en tal sentido, si bien por regla general han tomado conciencia de la importancia, como medida de garantía de la independencia, de que las

decisiones dictadas por sus Servicios o Departamentos de Atención al Cliente tengan fuerza vinculante. En esta línea se han elaborado la práctica totalidad de los Reglamentos de Servicios de Atención, estableciendo el carácter vinculante de las decisiones emitidas en aquellos casos que sean favorables al cliente y éste manifieste su aceptación.

Por otro lado, no encontramos en los ordenamientos anglosajones ninguna norma estatutaria que regule este aspecto, siendo suplida esta laguna legal por los códigos de actuación internos de las entidades. En igual sentido se ha establecido la naturaleza vinculante de estas resoluciones, condicionada asimismo por la voluntad del consumidor reclamante, pues resulta obvio que, si la decisión la emite un servicio interno de la propia entidad, fuere cual fuese el sentido de la misma, la entidad debería acatarla en caso de satisfacer las pretensiones del cliente o, aun no haciéndolo, el cliente aceptase igualmente el resultado final.

Por tanto, la realidad de los tres sistemas bancarios analizados – español, inglés y australiano– en lo que respecta a la naturaleza de la decisión y a la vinculatoriedad de las entidades de crédito es idéntica, aun cuando dicha regla provenga de sus Reglamentos internos, donde ha quedado establecido el carácter vinculante solamente para las entidades de crédito de las resoluciones dictadas en el marco de este procedimiento IDR, no así para los consumidores, quienes en todo caso, tendrán la última palabra, aceptando o rechazando tales decisiones y, por ende, poniendo fin al procedimiento extrajurisdiccional de litigios en materia financiera o acudiendo al *Ombudsman* para la revisión de su recurso.

6. Influencia de los medios de comunicación. Aplicación de un «procedimiento abreviado»

Vivimos en la sociedad de la información donde hasta las nuevas tecnologías como internet se han convertido en transmisores de conocimiento e información y, por tanto, en otro medio de comunicación junto con los clásicos de la televisión y prensa escrita. Todos ellos han adquirido un poder de influencia sobre la sociedad muy importante, llegando a convertirse, en muchos casos, en la causa de la moderación, corrección, modificación o incluso cesación de determinadas conductas o políticas de actuación, en aras de cambiar la opinión pública y mantener así el prestigio corporativo.

Este es el caso de algunas entidades de crédito de Reino Unido donde, para evitar el escarnio público por los abusos o errores cometidos en el desempeño de sus funciones, así como en la tramitación de las quejas y reclamaciones de los clientes, han desarrollado una suerte de “procedimiento abreviado” para resolver aquellas quejas o reclamaciones que fueran dirigidas, bien a los directivos de la propia entidad de crédito o del Servicio de Atención al Cliente, bien a los medios de comunicación. En efecto, la normativa solamente impone un plazo máximo para la emisión de la decisión del citado Servicio —ocho semanas—, dejando al arbitrio de las entidades la identificación de los expedientes que requieren una resolución con carácter urgente. Resultaría lógico pensar, *a priori*, que este procedimiento se aplica a determinadas reclamaciones por razón de su cuantía o, incluso, por razón de la materia, dando prioridad a aquellas que supusieran una vulneración de la normativa frente a las que se debieran a un error perfectamente subsanable. Sin embargo, la realidad demuestra que la prioridad de las entidades de crédito es mantener intacta su

reputación, calificando de urgente aquellas disputas sobre las que haya podido tener conocimiento un miembro del equipo directivo de la entidad o que vayan a aparecer en algún programa de televisión⁶⁶² o en plataformas de afectados en internet, con independencia de si el fondo de la controversia es consecuencia de un mero error operativo o confusión y aunque no se hayan producido perjuicios económicos que merezcan realmente su tramitación urgente.

Centrándonos en las cuestiones procedimentales, es preciso confirmar que deben seguirse todos los trámites legalmente establecidos, pues lo contrario atentaría contra los principios y características exigidas para estos medios de tutela. La diferencia y, a su vez, rasgo distintivo de este procedimiento abreviado con respecto del –llamémosle– “procedimiento ordinario”, reside en el plazo disponible para emitir la decisión. Precisamente, los Servicios de Atención del Cliente deberían poder solucionar este tipo de quejas o reclamaciones en menos de 24

⁶⁶² Como ejemplo de programa de televisión (de investigación) donde los propios clientes perjudicados exponen los hechos y circunstancias que dieron lugar a la reclamación interpuesta contra la entidad, puede verse “*Watchdog. Banks & Buildings Societies*”, del canal *BBC One* de Reino Unido, accesible en su página web: <http://www.bbc.co.uk/programmes/articles/2bX5yBWkllGNXtyqsVjKGnV/banks-and-building-societies>, consultado el día 10 de octubre de 2014.

Asimismo, también los periódicos “*The Observer*”, “*The Daily Telegraph*” y “*The Sunday Telegraph*” cuentan con una columna dedicada a exponer disputas reales con entidades de crédito o con cualquier otra corporación o empresa cuya actuación haya causado algún perjuicio a los consumidores. En concreto, la primera de estas secciones lleva por título el nombre de la periodista responsable de dicha sección, Anna Tims. Toda la información y casos expuestos pueden ser consultados en: <http://www.theguardian.com/money/series/yourproblems>, consultado el día 10 de octubre de 2014. Las otras dos secciones corresponden al mismo periódico (en sendas versiones), bajo las rúbricas “*Ask Jessica*” y “*Jessica investigates*”, siendo responsabilidad de la misma persona, Jessica Gorst-Williams, cuyo trabajo puede consultarse en: <http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/money-saving-tips/jessicainvestigates/>, consultado el día 10 de octubre de 2014.

horas, aunque normalmente las resuelven en un plazo de dos días. Sea como fuere, este plazo no puede demorarse más allá de cinco días laborables, agotándolo solamente en aquellos casos en los que la complejidad del fondo de la controversia o, en su caso, la búsqueda de la documentación pertinente para poder realizar una investigación completa de las circunstancias que dieron lugar a la controversia, así lo requieran. A tal efecto, dentro del propio Servicio de Atención al Cliente, las entidades han creado un equipo dotado de los recursos –humanos y materiales– necesarios para la tramitación ágil y rápida de las reclamaciones y quejas calificadas con carácter urgente, comunicado con el resto de equipos pero facultado para gestionar tales disputas con carácter preferente respecto del resto, aun cuando se trate de errores o actuaciones sin mayor repercusión, tales como el cobro indebido de unas comisiones, cuya solución pasa por efectuar una devolución de las mismas junto con los intereses y, en su caso, con una indemnización en concepto de gesto de buena voluntad para el restablecimiento de la confianza del interesado en la entidad cuestionada.

La existencia en la práctica de este procedimiento confirma la viabilidad de resolver una reclamación o queja en un breve lapso de tiempo, aunque para ello se requiera de una mayor cooperación y coordinación entre los distintos equipos de trabajo. Ello no supone sino la necesidad de gestionar de forma lógica y eficaz los recursos disponibles para garantizar la protección y la tutela eficaz de la clientela. Así las cosas, que el plazo de ocho semanas transcurra sin que la entidad haya emitido decisión alguna al respecto refleja la inoperancia y falta de diligencia del Servicio de Atención al Cliente, así como la despreocupación por los problemas con la clientela de dicha entidad. Conducta que, en todo caso,

debería ser sancionable al demostrarse su capacidad para resolver controversias de cualquier índole en menos de una semana en caso de que los hechos y circunstancias controvertidos hayan sido puestos en conocimiento de distintos medios de comunicación, dado que ello puede afectar negativamente a su reputación y prestigio como corporación. Por tanto, las entidades deberían reorganizar el funcionamiento interno de los Servicios de Atención al Cliente con la finalidad de ofrecer un procedimiento mejorado capaz de ofrecer una solución en un menor lapso de tiempo y, en caso de prever un procedimiento abreviado, modificar los criterios objetivos para calificar una reclamación o queja como urgente, dejando de ser por la posible influencia de los medios de comunicación o su puesta en conocimiento de un alto directivo de la entidad, para ser de naturaleza urgente por razón de la cuantía de los perjuicios ocasionados o la posible vulneración de una disposición legal o reglamentaria.

7. La “empatía” del Servicio de Atención al Cliente, estrategia de calidad

Los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de crédito y demás entidades de crédito son empresas y, como tales, miden sus rendimientos en términos de productividad pero, especialmente, de beneficios. No obstante, son conscientes del poder de la confianza de los clientes para la buena sintonía en las relaciones contractuales. Por ello, adoptan estrategias encaminadas a la mejora de las relaciones con la clientela, normalmente controladas por los departamentos de calidad de las entidades. Sin embargo, una de estas políticas es aplicada por los Servicios de Atención al Cliente, al menos en lo que respecta a las entidades de crédito de Reino

Unido, donde sorprende gratamente la filosofía de los propios miembros del Servicio. Así es, aun cuando son conscientes de que forman parte de la entidad y, por tanto, deben velar por la aplicación de las políticas internas que marca el propio funcionamiento del Servicio, se les ha inculcado el valor de la empatía. En este sentido, deben analizar la controversia desde ambas posturas, incluyendo la del consumidor reclamante, garantizando una compensación adecuada en caso de corroborar que los perjuicios ocasionados al cliente son consecuencia de una mala gestión o actuación de la entidad.

Asimismo, y he aquí la curiosidad, es el hecho de que están facultados para actuar como una especie de servicio que hemos denominado “post-reclamación”. A través de este servicio no se trata de realizar un control *a posteriori* de la reclamación, pues de ello se encarga la sección especializada en el *feed-back*, sino más bien estamos ante una suerte de servicio de calidad con tintes de marketing. En efecto, los propios miembros del Servicio de Atención que tramitan las reclamaciones tienen a su disposición un catálogo de regalos –flores, bombones, vino, etc.–, para utilizarlo cuando lo estimen oportuno según las características y circunstancias del cliente reclamante. Ahora bien, no están compelidos a utilizarlo siempre, pues actúan como detalle de la “preocupación de la entidad” por cuidar a su clientela. A modo de ejemplo, puede hacerse entrega de alguno de estos regalos en aquellos casos en los que se pretenda reconstruir la relación con el cliente o, incluso, cuando el cliente haya sufrido un duro golpe emocional como la pérdida del cónyuge o de un familiar directo –normalmente durante el procedimiento de tramitación de la reclamación o poco tiempo después de

la emisión de la decisión, pero también en caso de embarazo o de nacimiento.

Todo ello refleja la mentalidad y filosofía de los miembros de este Servicio, no centrados solamente en la vertiente económica de la controversia sino influidos por el movimiento *pro consumerista* que impera actualmente en nuestra sociedad.

III. SISTEMAS EDR (EXTERNAL DISPUTE RESOLUTION)

Defensor del Cliente y *Ombudsman* son dos vocablos normalmente utilizados indistintamente, pues el primero es la traducción al español del segundo. Sin embargo, la figura del Defensor del Cliente, configurada en los términos que aquí se presentan, es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico, no encontrando en los sistemas anglosajones ninguna figura análoga a esta. En efecto, el modelo anglosajón ha establecido la obligación de las entidades de crédito de ofrecer un mecanismo interno de resolución de las controversias que, en el marco de los contratos celebrados con la clientela, pudieran surgir. A este mandato responden los Departamentos de Atención al Cliente de cada entidad de crédito. Sin embargo, la normativa española incorpora otra referencia a esta figura del Defensor del Cliente, también creada por las propias entidades pero ajena a su estructura orgánica, esto es, como organismo independiente.

En consecuencia, debemos distinguir entre el mecanismo EDR en sentido estricto, representado por el Defensor del Cliente, propio de nuestro sistema bancario, del mecanismo EDR en sentido propio, personalizado en el *Ombudsman* bancario, con presencia y rasgos

comunes en los tres ordenamientos aquí analizados (español, inglés y australiano).

1. EDR en sentido estricto: Defensor del Cliente

El vocablo “Defensor del Pueblo” es la traducción al español del original *Ombudsman*, siendo el Defensor del Cliente su concreción al ámbito financiero. No obstante, no estamos ante dos figuras exactamente iguales, pues las competencias del primero provenían de los poderes públicos mientras que el segundo responde a una iniciativa privada.

Ahora bien, en el marco de la actividad financiera, los diferentes ordenamientos jurídicos han creado este organismo del Defensor del Cliente bancario. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no es esta figura, sino la del DCMR (antiguo SRBE)⁶⁶³, quien asume la posición de *Ombudsman* al ser común para todas las entidades financieras. La razón la encontramos en la diversidad y heterogeneidad de la institución del Defensor del Cliente dada la ausencia de una regulación homogénea y exhaustiva.

En consecuencia, entendemos que esta figura constituye un mecanismo, externo, extrajurisdiccional de resolución de conflictos *stricto sensu*, que desempeña su papel en *pro* de los derechos e intereses económicos de los consumidores pero, con todo, adolece de las características y rasgos inherentes a todo *Ombudsman*.

⁶⁶³ A favor, MORENO LISO, L. “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 122, 2011, p. 82.

1.1. *Órgano potestativo para las entidades de crédito*

La primera mención reglamentaria a la figura del Defensor del Cliente⁶⁶⁴ la encontramos en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989⁶⁶⁵, ligada a la del antiguo SRBE. Esta Orden Ministerial estableció la previa comparecencia ante el Defensor del Cliente u órgano equivalente, en caso de que la entidad ya lo hubiera instaurado, antes de poder presentar la queja, reclamación o consulta ante el SRBE –ahora DCMR–, si bien no se especificaron los requisitos y características que debía reunir, otorgando plena libertad de regulación a las entidades de crédito. Sin embargo, la Ley 44/2002 determinó el carácter potestativo del Defensor del Cliente⁶⁶⁶, desarrollado por la Orden ECO/734/2004. En efecto, las entidades podrán designar, –no siendo, por tanto, obligatorio–, un Defensor del Cliente, al que corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga su propio reglamento de funcionamiento, así como promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros.

⁶⁶⁴ MARCO COS, J. M., “La protección del cliente de la entidad de crédito”, *CDC*, núm. 17, 1995, pp. 107-141; ANDREU MARTÍ, M. M., “Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 54, 1994, pp. 425-448 y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Contratación bancaria y consumo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, 1988, pp. 259-328.

⁶⁶⁵ Derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros.

⁶⁶⁶ Con respecto a estos organismos, el Banco de España, tras su verificación, hace públicos sus nombres, sus datos de contacto y, en el caso de las entidades de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pago, sus reglamentos. Se puede consultar la lista de las entidades de crédito y de sus servicios de atención y defensa de los clientes en:

<http://app.bde.es/sac/app/search?CFG=atencionCli.xml&TipoFormato=XSL&Pagate=OPEN>, p. 17, consultada el día 15 de septiembre de 2014.

En caso de crear esta figura, su designación podrá efectuarse, bien individualmente, bien conjuntamente con otras entidades por ramas de actividad, proximidad geográfica o volumen de negocio⁶⁶⁷, de manera que aquél atienda y resuelva las reclamaciones de los clientes de todas ellas, de acuerdo con lo que disponga su reglamento de funcionamiento elaborado por las entidades.

Ahora bien, la falta de una regulación legal detallada de este órgano plantea serias dudas acerca de su razón de ser. En otras palabras, su coexistencia con otro órgano similar, también de naturaleza empresarial, como es el Servicio de Atención al Cliente, nos hace cuestionarnos si realmente ha sido creado con el objetivo de constituir una vía eficaz de tutela del cliente bancario o, por el contrario, como una medida para mejorar la imagen pública y la reputación de la entidad de crédito que lo nombra y regula⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Esta opción ha sido seguida, como norma, por los Bancos, agrupados prácticamente (salvo contadas excepciones) en tres bloques: aquellos que no han designado ningún Defensor del Cliente, pues consideran que su ratio de actividad no es suficiente para justificar la creación de otra institución más allá de su Departamento de Atención al Cliente; aquellos que han designado como Defensor del Cliente a D. Rafael García-Valdecasas Fernández (como el BBVA) y aquellos que han designado a D. José Luis Gómez-Degano y Ceballos-Zúñiga (Santander, S.A. o Deutsche Bank, S.A.).

Puede consultarse quiénes son los Defensores de los Clientes en el registro del Banco de España, http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Servicio_de_Ate/Servicio_s_de_At_6d9079a9970c631.html, disponible en: consultado el día 15 de septiembre de 2014.

⁶⁶⁸ En el mismo sentido, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe 1/1999. Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado. Sesión del Pleno de 17 de febrero*, Colección Informes CES, Madrid, 1999, p. 83.

1.2. *Carácter subsidiario al Servicio de Atención al Cliente ¿posible conflicto competencial?*

La naturaleza potestativa de su creación también plantea dudas acerca de la relación que puede existir con respecto al Servicio de Atención al Cliente, pues *a priori* cumplen la misma finalidad –la resolución de las reclamaciones que puedan interponer los clientes– y, además, son creados por las propias entidades de crédito. Sin embargo, el sistema facultativo del Defensor del Cliente para las entidades de crédito no se refiere solamente a la potestad de creación, sino también a la potestad de regulación. En efecto, cuando la entidad cuente con ambos organismos –Servicio de Atención y Defensor del Cliente– elaborará un único Reglamento donde quedarán regulados todos los aspectos comunes y específicos de la constitución y funcionamiento de ambos, que será aprobado por el consejo de administración u órgano equivalente de cada entidad, y, en su caso, por la dirección general de la sucursal, pudiendo ser posteriormente ratificado por la junta o asamblea general u órgano equivalente. Asimismo, deberá ser verificado por el Banco de España, salvo que se trate de Cajas de Ahorros o Cooperativas de Crédito de competencia autonómica, en cuyo caso corresponderá al órgano competente de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio social de la entidad.

Ahora bien, a pesar de que la Orden concede plena libertad de regulación del régimen jurídico de estas figuras, establece unos mínimos que todo Reglamento deberá contener. Así, deberá constar la duración del mandato y posibilidad de renovación; las posibles causas de incompatibilidad, inelegibilidad y cese; el deber de todos los departamentos y servicios de la entidad de facilitar al departamento o

servicio de atención al cliente y al defensor del cliente, cuantas informaciones éstos soliciten en relación con el ejercicio de sus funciones y el plazo para la presentación de las reclamaciones, a contar desde la fecha en que el cliente tuviera conocimiento de los hechos causantes de la queja o reclamación, sin que pueda ser inferior a dos años. Pero además exige la concreción del ámbito competencial de ambas figuras, con el objetivo de determinar la relación clara y precisa de asuntos cuyo conocimiento, por razón del fondo, la cuantía o cualquier otro criterio, se atribuye al Defensor del Cliente, con indicación expresa de que aquellos que no le correspondan serán competencia Servicio de Atención al Cliente.

Este último aspecto es importante dado que implica que el Reglamento regule las materias atribuidas al Defensor, pero en ningún caso se exige que el Servicio de Atención y el propio Defensor del Cliente tengan diferente régimen competencial. De hecho, expresamente se reconoce que puedan tener atribuidas el conocimiento del mismo tipo de reclamación,, en cuyo caso *“deberá especificar si tras la decisión del departamento o servicio de atención al cliente el reclamante puede acudir al defensor del cliente como segunda instancia”* [artículo 8.3.c) de la Orden ECO 734/2004].

En la práctica, este abanico de posibilidades se traduce en varios escenarios factibles. Primero, que la entidad haya establecido el mismo régimen competencial para ambas instituciones, convirtiéndose por tanto en vías alternativas ante las que el cliente puede presentar indistintamente su reclamación o queja. Segundo, que la entidad haya previsto que ambas instituciones conozcan de materias distintas, convirtiéndose en alternativas pero también en excluyentes entre sí. En este supuesto, el cliente puede

presentar la reclamación ante el Servicio de Atención quien, en caso de declararse incompetente, dará traslado inmediato a dicho Defensor, comunicando al cliente de que será el Defensor quien finalmente emitirá una decisión al respecto. Estos escenarios no plantean mayor problema, pues en ambos casos tanto el Servicio de Atención como el Defensor del Cliente actúan como única instancia en la resolución del litigio con la entidad.

No obstante, algunas entidades que han previsto la convivencia de ambas figuras han establecido expresamente el carácter subsidiario del Defensor del Cliente respecto del Servicio de Atención al Cliente, manteniendo por tanto una relación de *cuasi-jerarquía*, dado que el cliente bancario no podrá acudir a esta institución si previamente no ha agotado la vía del Servicio de Atención al Cliente⁶⁶⁹. Así pues, los clientes deberán dirigirse necesariamente a los departamentos de atención de las propias entidades y, en aquellos casos en que la decisión no sea satisfactoria podrán plantear el recurso al Defensor. En este sentido, este órgano del Defensor del Cliente está actuando como una segunda instancia⁶⁷⁰,

⁶⁶⁹ Esta relación de *cuasi-jerarquía* la podemos encontrar en algunos Reglamentos del Servicio de Atención y Defensor del Cliente bancario. A modo de ejemplo, traemos a colación el Reglamento del Banco BBVA, donde se indica que “(...) *el Servicio de Atención al Cliente resolverá directamente, con independencia de su cuantía, las reclamaciones que deba desestimar de conformidad con los criterios consolidados del Defensor. Igualmente el Defensor resolverá en segunda instancia las reclamaciones que estando dentro de los límites que indica el presenta Reglamento en el artículo 4.2.c) hayan sido inicialmente desestimadas por el Servicio y los clientes y usuarios decidan voluntariamente someter a su conocimiento. Esta opción se establece, obviamente, sin perjuicio del derecho de los clientes y usuarios de acudir directamente a los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y o a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones desde el momento en que se haya pronunciado el Servicio de Atención al Cliente*” (Énfasis añadido).

⁶⁷⁰ BANCO DE ESPAÑA, “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2011”, encontrada en:

existiendo, pues, dos instancias de resolución extrajudicial de conflictos sucesivas, no alternativas, en el marco de las entidades de crédito. Lo reseñable en este caso donde el Defensor actúa como segunda instancia es el hecho de que el DCMR pasa a convertirse en la tercera instancia. A nuestro entender, este procedimiento presenta la gran ventaja de incrementar las probabilidades de que la resolución quede resuelta en el marco de la propia entidad pues, en caso de disconformidad con la decisión del Servicio de Atención, el expediente de reclamación puede finalizar con el Defensor del Cliente, sin necesidad de acudir al *Ombudsman* –DCMR–. Sin embargo, esta suerte de sistema de “triple escalón” puede suponer para el cliente una demora en la obtención de una solución que satisfaga sus necesidades, empero, debe saber de su derecho de acudir al DCMR sin necesidad de realizar este trámite intermedio.

1.3. Régimen de competencia

Las propias entidades de crédito están facultadas para regular el régimen competencial del Defensor del Cliente, pudiendo establecer los límites que estimen oportunos, siempre y cuando estas restricciones no restrinjan su capacidad para conocer de las quejas y reclamaciones acerca de la adecuación de las actuaciones de las entidades de crédito a las buenas prácticas y usos bancarios.

Aunque la normativa no explicita los términos en que estas posibles restricciones deban establecerse, podría pensarse que cada entidad ha podido regular esta figura conforme a sus necesidades y expectativas. Sin

http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2011/, consultada el día 12 de septiembre de 2014.

embargo, la realidad de los reglamentos internos de funcionamiento es otra. Así es, encontramos unidad de criterio –salvo, claro está, en determinadas cuestiones como la delimitación de la cuantía económica de las reclamaciones–, en los términos en los que el régimen competencial del Defensor del Cliente ha sido redactado, pues nótese que muchas de las entidades se han agrupado para la designación y nombramiento del mismo Defensor y, de ahí que exista homogeneidad en las bases de la reglamentación.

En todo caso, por regla general quedan excluidas de la competencia del Defensor una serie de materias que, en caso de ser formuladas ante este órgano, serán remitidas al Servicio de Atención al Cliente o al departamento competente tras su inadmisión a trámite. Estas cuestiones son las que siguen:

- Las relaciones laborales entre las entidades y sus empleados.
- Las relaciones de las entidades y sus accionistas.
- Las relaciones de las entidades con sus proveedores.
- Las cuestiones que se refieran a las facultades y políticas comerciales discrecionales de las entidades relativas a la concesión de un contrato, operación o servicio concreto con personas determinadas, así como sus pactos o condiciones; sin perjuicio de su eventual dictamen sobre la diligencia desplegada –demora o negligencia– en la toma de tales decisiones, si ello fuere el motivo de la reclamación o queja.
- Las controversias cuyo conocimiento compete a otros órganos administrativos, arbitrales o judiciales, o que éstas se encuentren

en tramitación o hayan sido resueltas en vía judicial o arbitral o por el DCMR.

- Las disputas sobre hechos cuya prueba únicamente puede ser realizada en vía judicial o cuya resolución requiera necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa sobre transparencia y protección de los usuarios financieros o a las buenas prácticas y usos bancarios.
- Las reclamaciones que notoriamente tengan por objeto impedir, dilatar o entorpecer el ejercicio de cualquier derecho de las entidades frente sus clientes.
- Las reclamaciones que se planteen por clientes de las entidades que tengan la condición de no residentes en España, salvo que se refieran a sus relaciones con oficinas situadas en España y para operaciones en este país.

Igualmente, es práctica habitual de las entidades de crédito establecer un límite cuantitativo máximo para determinar las reclamaciones objeto de su competencia. Esta disposición ha quedado recogida en los distintos reglamentos internos de funcionamiento, si bien aquí no se observa la misma uniformidad que en las cuestiones anteriores, pues entran en juego las políticas comerciales de cada entidad y sus intereses en relación al volumen de negocio y a la composición de sus recursos, oscilando las cifras entre los 60.000€ y los 100.000€, ya sea en una reclamación que el cliente haya formulado o en una que pueda formular y cuya cuantía total exceda de dicha cifra. Asimismo, las entidades emplean distintos criterios para el establecimiento de estas

cuantías, difiriendo en algunos casos según el tipo de reclamante o de contrato, aunque en otros la entidad simplemente establece una cuantía fija con independencia del objeto de la reclamación o sujeto reclamante. Así, a modo de ejemplo, el Grupo BBVA en España, además de fijar un límite máximo de 100.000€, utiliza dos criterios para restringir la competencia del Defensor. En este sentido, establece que podrá desestimar reclamaciones que superen los 2.000€ en caso de que el reclamante sea persona física o los 5.000€ si se trata de una persona jurídica. Por otro lado, estipula que, para los contratos de seguro, con independencia de la naturaleza del reclamante, podrá desestimar las reclamaciones que superen los 75.000€ cuando se refiere a un seguro de vida o los 5.000€, en el caso de seguros que no sean de vida. Por el contrario, el Reglamento del Defensor del Cliente del Grupo Deutsche Bank en España⁶⁷¹ establece una cuantía única máxima de 60.000€.

La falta de unidad en este último criterio es percibida negativamente por los clientes bancarios a causa de la inseguridad jurídica generada, pues dependiendo de la entidad con la que contraten, se les dispensará una mayor protección en caso de interponer una reclamación de elevada cuantía. Es por ello que consideramos que estos límites cuantitativos deberían desaparecer de los reglamentos de funcionamiento, pues ello no solo limita la actividad del Defensor, sino también menoscaba el derecho de los consumidores a obtener una resolución emanada por un organismo ajeno e independiente de la entidad contra la que reclaman. Para ello, el legislador debería pronunciarse al respecto y elaborar una regulación más

⁶⁷¹ Documento disponible en línea en: <https://www.db.com/spain/es/img/Reglamento.pdf>, consultado el día 25 de septiembre de 2014.

detallada de esta figura, ya que si predica su independencia e imparcialidad de las directrices de las entidades, debe sentar las bases de su funcionamiento interno.

1.4. La cuestión de la independencia

La figura del Defensor del Cliente adolece de una regulación común y detallada sobre su funcionamiento y régimen competencial, lo que implica asimismo la falta del establecimiento de medidas concretas como garantía de independencia e imparcialidad.

En este punto debemos tener en cuenta que la designación del titular del Defensor del Cliente recae, al igual que el del Servicio de Atención al Cliente, en el Consejo de Administración, siendo que en este caso la persona designada podrá ser ratificada, si así lo disponen los estatutos de la entidad de crédito, por la Junta General. 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, pues además, desde la perspectiva del consumidor se percibe como otro servicio más, esta vez externo, de la entidad de crédito.

No obstante, el legislador ha querido compensar esta merma de la exigida independencia de esta figura a través de la imposición legal de la concurrencia en la persona del Defensor de una serie de requisitos y características. Primero, la honorabilidad comercial y profesional –en los términos definidos para los titulares de los Servicios de Atención al Cliente–. Segundo, la acreditación del conocimiento y experiencia adecuados para el ejercicio de sus funciones, esto es, sobre la actividad bancaria y los procedimientos de solución de conflictos. Tercero, debe

tratarse de una persona (o entidad) de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero; requisito vinculado estrechamente con los anteriores. Y, finalmente, debe ser una persona ajena a la entidad o grupo de entidades para las que presta sus servicios. Este último requisito deviene fundamental para salvaguardar la independencia y autonomía de la institución respecto de la entidad de crédito que la ha designado dado que, al menos, aunque su nombramiento sea competencia de la entidad, se le impone que no mantenga ninguna relación contractual con la misma, evitándose de esta forma la existencia de cualquier conflicto de intereses.

Por otro lado, también se establece que el Defensor del Cliente debe actuar con independencia respecto de la entidad y “*con total autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones*” (artículo 7.1 de la Orden ECO/734/2004). Este último inciso refiere de otra cualidad que debe ser garantizada y que está estrechamente unida a la independencia: la imparcialidad. Precisamente, el Defensor debe reunir tanto el requisito de independencia –garantizado a través de la ajenidad de la entidad de crédito que lo designa– como el de imparcialidad a la hora de emitir su resolución. Ambas nociones, aunque normalmente son utilizadas como sinónimos, refieren a dos realidades diferentes a la par que conexas, por cuanto la independencia deviene en un factor fundamental para lograr una efectiva imparcialidad. Ambos conceptos son, no pocas veces, confundidos, por lo que procedemos a identificar cada uno de ellos.

La SAP de Madrid de 30 de junio de 2011⁶⁷², en su F.J. 8º, Recoge ambas nociones de forma clara y concisa, afirmando que “[L]a independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes. La imparcialidad supone la inexistencia de causa o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar, fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral”. Así las cosas, la independencia es un concepto objetivo que se valora y aprecia a partir de las relaciones, ya sean jurídicas, profesionales, personales, etc., del Defensor del Cliente con la entidad que lo designa, mientras que la imparcialidad es una noción subjetiva que refiere a su actitud con respecto al cliente bancario o al motivo del recurso⁶⁷³.

⁶⁷² SAP Madrid, Sección 12ª, núm. 506/2011, de 30 de junio de 2011. (B.D. Westlaw RJ\2011\347818).

⁶⁷³ “Independence is a situation of fact or law, capable of an objective verification. Impartiality, on the other hand, is more a mental state, which will thus necessarily be subjective. Impartiality is of course the essential quality required of a judge. However, as it is rarely required to be independent, which is easier to prove and which, in principle, guarantees the arbitrator’s freedom of judgment. Although arbitrators’ bias will very rarely be revealed by their conduct, links of dependence with one of the parties –albeit not necessarily conclusive- will provide sufficient grounds to consider that they do not satisfy the conditions required of a judge”. FOUCHARD, P., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 564.

En suma, la imparcialidad refiere al objeto mismo del conflicto, al prejuicio que sobre el mismo pudiera tener el Defensor del Cliente encargado de emitir una decisión, mientras que la independencia hace referencia a la preexistencia de relaciones –normalmente laborales– entre la entidad de crédito y el propio Defensor.

Con todo, esta figura del Defensor del Cliente no ha resultado tan problemática como la del Servicio de Atención, puesto que el tercero que resuelve la reclamación es un experto en la materia y de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero. Ahora bien, el aspecto determinante para la buena consideración por los consumidores de esta institución es el requisito de ajenidad exigido en la persona del Defensor respecto de la organización de la entidad de crédito, –aunque recordemos que su designación corresponde al Consejo de Administración de la entidad–, lo que es supone, además, una garantía adicional para asegurar la imparcialidad en la toma de decisiones del propio Defensor.

1.5. Procedimiento

Indicado *supra*, la facultad potestativa de las entidades de crédito con respecto a la figura del Defensor no alude solamente a su creación, sino también a su regulación. En estos casos en que está prevista la coexistencia y convivencia de este órgano con el Servicio de Atención al Cliente, la entidad elaborará solamente un Reglamento en virtud de lo previsto en el artículo 8.1 de la Orden ECO/734/2004. En este sentido, muchos de estos Reglamentos han estipulado el criterio de unidad de procedimiento, lo que significa que las disposiciones relativas a las cuestiones procedimentales en ellos contenidas serán aplicables a todas las

quejas y reclamaciones presentadas por los clientes y usuarios de los servicios de la correspondiente entidad, con independencia del órgano competente para su resolución, sea el Servicio de Atención al Cliente, sea el Defensor del Cliente. Ahora bien, dada esta libertad de regulación de la que gozan las entidades de crédito, en algunos casos se han establecido determinadas particularidades para esta figura, especialmente para garantizar que la decisión se ha tomado de forma independiente e imparcial.

En consecuencia, para la explicación de las bases del procedimiento nos remitimos al estudio del procedimiento en sede del Servicio de Atención al Cliente, limitando en este punto nuestro análisis a las peculiaridades y rasgos distintivos que el procedimiento de resolución de quejas y reclamaciones ante este órgano presenta.

En particular, cuando el Defensor del Cliente haya sido configurado como una segunda instancia, se exige, como condicionante para la admisión de la reclamación o queja, que ésta haya sido formulada previamente ante el Servicio de Atención al Cliente de la correspondiente entidad de crédito. A tal efecto, el consumidor acreditará dicha circunstancia aportando el pronunciamiento emitido por parte del Servicio de Atención o, en su defecto, el acuse de recibo de la presentación de la reclamación expedido por la propia entidad, gracias al cual pueda constatarse que ha transcurrido el plazo de dos meses sin que dicha reclamación haya sido resuelta.

Así las cosas, admitida a trámite la reclamación planteada –no debiendo incurrir tampoco en ninguna de las causas de inadmisión expuestas–, ésta es comunicada a la entidad de crédito, para que conozca

de la misma y obviamente, presente sus alegaciones en un plazo no superior a quince días naturales a partir de la fecha de apertura del expediente. Toda la información recabada de ambas partes servirá al Defensor para emitir su decisión. Este trámite es, pues, imprescindible para cumplir con el principio de contradicción que favorece la defensa de cada una de las partes.

1.6. Finalización del procedimiento: emisión de la decisión

De igual forma que el procedimiento de tramitación de las reclamaciones seguía las pautas que en el Servicio de Atención al Cliente, el expediente de reclamación culmina con la emisión de la resolución del Defensor. En las siguientes líneas vamos a exponer las peculiaridades que presenta este trámite para después establecer la naturaleza jurídica de tales resoluciones y los efectos jurídicos que de ellas se derivan.

1.6.1. Requisitos de forma

Tampoco en este punto se observan grandes diferencias con respecto a la redacción y elaboración de la resolución con la dictada por el Servicio de Atención al Cliente, pues también debe cumplirse con el principio de escritura y, en aquellos casos donde la notificación deba realizarse a través de cualquier medio informático, electrónico o telemático, éste debe permitir la lectura, impresión y conservación de los documentos. Téngase en cuenta que la notificación de la decisión del defensor a los clientes reclamantes pone fin al expediente de reclamación, iniciándose de nuevo

el cómputo de los plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales o arbitrales que le puedan corresponder al cliente.

Con respecto al plazo para emitir esta decisión cabe hacer una matización. Recordemos que este plazo era de dos meses a contar desde la fecha de recepción de la reclamación, empero algunos Reglamentos internos han establecido que, en caso de tratarse de una queja o reclamación que, voluntariamente, sea sometida al criterio del Defensor del Cliente en calidad de órgano de segunda instancia, solamente dispondrá de un mes desde la fecha de recepción de la reclamación en segunda instancia. Entendemos ello es importante a efectos de cumplir con la celeridad que todo procedimiento extrajudicial debe garantizar, así como para evitar que este trámite constituya una demora en la obtención de la tutela de los derechos e intereses económicos vulnerados.

1.6.2. Requisitos de fondo

Del mismo modo que la decisión emitida por el Servicio de Atención al Cliente, la decisión del Defensor deberá estar motivada, así como 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 buenas prácticas y usos bancarios. Igualmente, deberá mencionar la facultad que asiste al cliente interesado para, en caso de disconformidad con el pronunciamiento, acudir al DCMR o a utilizar cualquiera de los otros medios de tutela disponibles en el ordenamiento – vía judicial, arbitral o administrativa–.

1.6.3. *Naturaleza jurídica de la decisión ¿fuerza vinculante?*

El propio legislador, a diferencia del Servicio de Atención al Cliente del sistema bancario español, ha previsto expresamente el carácter vinculante de las decisiones del Defensor para la entidad de crédito, “*siempre y cuando sean favorables al consumidor*” (artículo 7.3 de la Orden ECO 734/2004). Esta fuerza vinculante de las decisiones supone una garantía de su independencia⁶⁷⁴. En este sentido es coincidente con las regulaciones de los Servicios de Atención de las entidades de crédito anglosajonas.

La expresión “*siempre y cuando sean favorables al consumidor*” no debe llevarnos al error de suponer que, en todo caso, las decisiones favorables al cliente reclamante vincularán a la entidad, pues ello significaría compeler al cliente a aceptar las decisiones resueltas en su favor aun cuando no estuviera conforme con ellas a la par que se le estaría negando la posibilidad de obtener una tutela eficaz a través de cualquier otro medio. Así las cosas, aun cuando del tenor literal de la norma se infiere esta interpretación, entendemos que la intención real del legislador con esta disposición es la de otorgar carácter vinculante a aquellas decisiones que, además de allanarse a las pretensiones del cliente, sean aceptadas por el mismo, renunciando al uso de cualquier otra vía de reclamación⁶⁷⁵. Por tanto, el carácter vinculante de la decisión del Defensor del Cliente quedará supeditado en la práctica a la aceptación del

⁶⁷⁴ BATALLER GRAU, J., “Capítulo IV. El conflicto surgido de un contrato de seguro: su resolución extrajudicial”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, op. cit. p. 133.

⁶⁷⁵ LAPUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 350.

mismo, pudiendo, en caso de disconformidad, plantear su reclamación ante el DCMR, ante un tribunal arbitral o incluso ante los tribunales ordinarios de justicia.

Algunos Reglamentos del Defensor del Cliente se han pronunciado en este sentido⁶⁷⁶, fijando además un plazo concreto para el cumplimiento de la resolución –normalmente de veinte días a un mes⁶⁷⁷–, si bien cabe decir que la inmensa mayoría de entidades no contemplan esta posibilidad y, en ninguno de los Reglamentos se prevén los medios para exigir el acatamiento de la decisión de su propio Defensor. Esta es la razón por la que consideramos que el legislador debería haber previsto expresamente este requisito en la norma en lugar de convertirlo en un criterio discrecional de las entidades.

Dado que ni el legislador ni las propias entidades han estipulado los medios accesibles para el cliente para exigir a la entidad el cumplimiento de la decisión del Defensor, nos planteamos cuáles son los cauces legales

⁶⁷⁶ Un ejemplo de este condicionamiento de la vinculación de la decisión a la aceptación de la misma por el cliente, al establecer un plazo para el efectivo cumplimiento de la decisión por parte de las entidades de crédito, a contar desde el día de la notificación de la aceptación del reclamante, es el Reglamento del Defensor del Cliente del Banco Santander, cuyo artículo 12.3 *in fine* indica que: “*La entidad afectada ejecutará la decisión en el plazo máximo de veinte días contando desde el día en que se le notifique la aceptación del reclamante, cuando en ella se le obligue a pagar una cantidad o a realizar cualquier otro acto a favor del cliente, salvo que, dadas las circunstancias del caso, la decisión establezca un plazo distinto*”. Reglamento disponible en línea en: <https://www.bancosantander.es/cssa/StaticBS?blobcol=urldata&blobheadername1=content-type&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3DReglamento+del+Defensor+del+Cliente.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1320587145802&cachecontrol=immediate&ssbinary=true&maxage=3600>, consultado el día 20 de septiembre de 2014.

⁶⁷⁷ Así, a modo de ejemplo, el Reglamento del Banco Santander y del Deutsche Bank establecen que el plazo de ejecución de la decisión será de veinte días, mientras que el Reglamento del BBVA determina un plazo de un mes.

disponibles en nuestro ordenamiento. Al respecto, nótese que solamente los órganos jurisdiccionales tienen *potestas*, lo que significa que el propio 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 ordinario⁶⁷⁸ para exigir la ejecución de la decisión del Defensor, aunque debemos tener en cuenta que esta decisión no constituye título ejecutivo, por lo que carece de fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada, siéndole concedido, por tanto, mero valor probatorio. No obstante, en la realidad de 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, optando por no acatar la decisión para que el asunto quede resuelto en sede del DCMR o de los tribunales ordinarios.

Ahora bien, también se indica en la Orden ECO 734/2004 que esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa. Como regla general, las vías extrajudiciales de conflictos –como el arbitraje–, en caso de alcanzar un acuerdo o emitir el laudo correspondiente, ponen fin al conflicto, excluyendo otros medios de

⁶⁷⁸ Téngase en cuenta que la vía del monitorio no sería viable por el difícil encaje de la decisión en cualquiera de los documentos previstos por la norma reguladora del mismo (artículos 812 y siguientes de la LEC) aun cuando ésta se trate de una relación *ad exemplum* y no de *numerus clausus*, tal y como se infiere de la expresión “cualesquiera otros documentos”.

solución de conflictos, incluida la vía judicial. Sin embargo, de la lectura de esta disposición parece que estamos ante un procedimiento que, aun cuando emita una decisión y ésta sea vinculante, deja expedita la vía judicial y la arbitral, no deslegitimando por tanto al cliente para acudir a cualquiera de estas vías de tutela.

Así las cosas, en el supuesto en que el cliente instara la apertura de un proceso judicial o de un procedimiento arbitral, debemos determinar qué valor se le otorgaría a la decisión emitida por el Defensor. Pues bien, en ambos casos la decisión tendría mero valor probatorio, no quedando los tribunales –judiciales o arbitrales– vinculados por la misma en el momento de emitir su sentencia o laudo. De hecho, podría ocurrir que esta nueva resolución se dictara en sentido contrario, esto es, a favor de la entidad. Esta posibilidad es factible por cuanto la *ratio decidendi* de los tribunales de justicia se funda en el Derecho, atendiendo además a la normativa procesal, mientras que el Defensor del Cliente utiliza criterios de buenas prácticas y usos bancarios así como en la adecuación de las prácticas comerciales a la normativa de transparencia y protección del consumidor para resolver el conflicto.

Todo ello conlleva que consideremos errada la actuación del legislador de otorgar absoluta capacidad reguladora de estas instituciones a las entidades de crédito, no estableciendo siquiera unas mínimas garantías para la tutela del cliente a través de la exigencia del cumplimiento de las decisiones de este órgano emitidas con carácter vinculante y, en este caso, de la redacción deficiente y poco clara sobre la naturaleza vinculante de las decisiones del Defensor. Al respecto, también nos cuestionamos la efectiva validez de esta institución que deja expedita otras vías de tutela como la judicial o la arbitral. En efecto, no alcanzamos

a comprender la razón de ser de esta figura concebida *a priori* como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos, independiente y vinculante para las entidades –que además han previsto su creación– pero que, en caso de incumplimiento por parte de éstas, acaba asumiendo mero valor probatorio en el ulterior proceso.

2. EDR en sentido propio: el Ombudsman

Este mecanismo constituye la segunda fase del procedimiento extrajudicial de solución de conflictos en el ámbito bancario y el que, por tanto, pone fin al mismo con la emisión de una decisión cuya naturaleza difiere según el ordenamiento jurídico que se trate. El modelo primigenio de esta institución fue el *Insurance Ombudsman Bureau* inglés, del que derivó el actual FOS(UK), organismo adoptado y acomodado a las características de los restantes ordenamientos. Así las cosas, aunque presentan diferencias respecto de cuestiones procedimentales, los *Ombudsmen* bancarios⁶⁷⁹ coinciden en el cumplimiento de una doble función: la función resolutoria y la función informativa, ambas fundamentales no solamente para el buen desarrollo y funcionamiento del propio procedimiento de resolución de reclamaciones sino también para mantener el nivel de confianza de los consumidores en la capacidad resolutoria de las entidades de crédito ante los problemas que se le presentan.

⁶⁷⁹ SENEVIRATNE, M., “The Banks, the ombudsman and the complaints procedure”, *Civil Justice Quarterly*, núm. 13, 1994, pp. 253-269.

Por un lado, la función resolutoria consiste en recibir, tramitar y solucionar todas las quejas, reclamaciones y consultas presentadas por los clientes de las entidades bancarias supervisadas relativas a la adecuación de las actuaciones a las buenas prácticas y usos bancarios.

Por otro lado, los *Ombudsmen*, en cumplimiento de las obligaciones de información que se infieren de su correspondiente normativa y reglamentación, así como en garantía del cumplimiento del principio de transparencia, deben redactar y publicar una Memoria Anual, cuyo contenido presente un resumen estadístico de los expedientes tramitados, del tipo de reclamación, una descripción de las reclamaciones cuyo expediente haya concluido con un informe favorable al reclamante, agrupadas en función del tipo de operaciones con las que guarden relación y con indicación de la *ratio decidendi* que, normalmente, constituyen los criterios de buenas prácticas. Asimismo, el FOS(UK) y el FOS(AU) recogen en este informe anual otros datos de interés como la composición de su equipo de trabajo y una breve descripción de la trayectoria profesional y humana de las personas designadas para ocupar el cargo de *Ombudsman*. Además de esta memoria, deben elaborar cuantos informes o documentos (con la periodicidad que consideren oportuna) sean necesarios para revelar al público en general los criterios, requisitos y demás normas a las que se someten a las entidades de crédito. Todos estos documentos, que deben ser publicados en sus páginas web oficiales, nos parecen de gran utilidad, puesto que proporcionan una serie de datos e información desde una visión interna y práctica del funcionamiento de este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos bancarios.

2.1. Estructura del Ombudsman

En este punto debemos distinguir la configuración del ADR financiero según el sistema jurídico, puesto que en los sistemas del *common law* ha venido configurado como una institución separada e independiente del órgano regulador –salvo, claro está, de la normativa y reglamentación sobre la protección del consumidor– mientras que en el sistema español el *Ombudsman* se encuadra en la estructura organizativa del Banco de España que es, en efecto, el órgano regulador de la actividad bancaria.

2.1.1. ADR financiero enmarcado en el órgano regulador: sistema español

En sus orígenes⁶⁸⁰, el SRBE –ahora DCMR– fue configurado como “una unidad de trabajo asignada a los Servicios Jurídicos”⁶⁸¹ del Banco de España, “dependiente de la jefatura de éstos, que vela por el cumplimiento de la normativa bancaria de disciplina e intervención, a la vez que protege a la clientela, aunque de forma indirecta”⁶⁸². Actualmente constituye una institución independiente, adscrita a la Secretaría General del Banco de

⁶⁸⁰ El SRBE se prevé en la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987, sobre *liberalización de tipos de interés y comisiones y normas sobre actuación*, cuyas disposiciones materializaron una nueva orientación –en sustitución del fuerte intervencionismo anterior–, por la que el principio general de libertad de precios de los productos y servicios bancarios se complementaba con un amplio abanico de normas de protección del consumidor.

⁶⁸¹ BANCO DE ESPAÑA, “Memoria de Reclamaciones, 2007”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2007/, consultada el día 12 de septiembre de 2014.

⁶⁸² Capítulo II de la Circular 8/1990, del Banco de España.

España, cuyo procedimiento debe ajustarse a los principios de transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

Sin embargo, técnicamente no siempre ha sido el DCMR el encargado de atender y tramitar las quejas y reclamaciones de los usuarios financieros. En efecto, la Ley 44/2002 introdujo en nuestro ordenamiento la figura del Comisionado para la Defensa de los Clientes de Servicios Financieros⁶⁸³, estructuralmente dividido en tres Comisionados según el ámbito de actuación de los mismos. Así pues, la Sección 1ª del Capítulo V de la citada Ley –artículos 22 a 31– creó el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, para la Defensa del Inversor y para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones, cuya regulación se completa con el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros*⁶⁸⁴. La misión de estos organismos era la de proteger los derechos del usuario de servicios financieros dentro del respectivo ámbito material de competencias de cada sector (banca, inversiones o seguros) así como atender las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de estos servicios. Al respecto, la Disposición transitoria novena estableció que, hasta el nombramiento de los titulares

⁶⁸³ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Protection from Unfair Suretyships in Spain”, en AA.VV., *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, ed. por COLOMBI CIACCHI, A. y WEATHERILL, S., Oxford University Press, Reino Unido, 2010, p. 539 y MIRALLES SÁEZ, E., “Tema VII. La protección del cliente en la relación bancaria”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 304-309.

⁶⁸⁴ BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2004. Vigente hasta el 6 de marzo de 2011, hasta la entrada en vigor de la LES, que expresamente deroga esta norma [Disposición Derogatoria, letra b)].

de estos Comisionados, serían los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la DGSFP quienes ejercieran sus funciones. Sin embargo, a pesar de las mejoras y ventajas de estos órganos, dicho nombramiento nunca tuvo lugar, siendo una figura inexistente en la práctica siendo, por tanto, sus funciones ejercidas, en el ámbito de los servicios bancarios, por el DCMR.

Así las cosas, la dejadez del legislador así como por los Gobiernos en el poder –la facultad para nombrar al titular del Comisionado recaía sobre el Ministro de Economía, oído el Gobernador del Banco de España– provocó la derogación de esta figura y, correlativamente, de toda su regulación. Derogación llevada a cabo a través de la Disposición Derogatoria de la LES. En consecuencia, los Servicios de Reclamaciones pasaron a encargarse, esta vez oficialmente, de tramitar las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios financieros.

Por todo ello, es posible afirmar que nuestro ordenamiento presenta una peculiaridad, puesto que, como señala MARIMÓN, contamos en la actualidad con un “sistema de doble escalón [...]: los *Ombudsmen* designados por las entidades de crédito a título individual o colectivo y un defensor público, habilitado por el Estado e integrado en la estructura organizativa del Banco de España”⁶⁸⁵. Son dos variantes de *Ombudsmen*. Por un lado, los que se instituyen por las propias entidades financieras, que tienen aún poca presencia en la práctica conflictual bancaria y el podríamos decir verdadero *Ombudsman*, que es el que con esa naturaleza

⁶⁸⁵ MARIMÓN DURÁ, R., “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, p. 219.

pública que le abre mayores ámbitos de actuación, se despliega siendo común a todas las entidades financieras, que es el DCMR⁶⁸⁶ pero que está integrado –aunque se promulgue su independencia– dentro de la estructura del organismo regulador, el Banco de España.

2.1.2. *Ombudsman independiente y único: sistema anglosajón*

El modelo anglosajón del *Ombudsman* bancario difiere del esquema español tanto en su estructura como en su funcionamiento. Centrándonos aquí en su estructura y organización, debemos resaltar que el *Ombudsman* es único para todo el sector financiero, es decir, cubre el ámbito de la banca, seguros e inversión.

Precisamente, la evolución experimentada por esta Institución en los ordenamientos inglés y australiano ha seguido los mismos parámetros. Así es, las Autoridades autorreguladoras –recuérdese que la autorregulación es tradicional en los sistemas del *common law*– y los líderes de la industria financiera han creado y, en cierto modo, controlado, procedimientos de resolución extrajurisdiccional de conflictos, entre ellos, el *Ombudsman*. Al respecto, se crearon diferentes *Ombudsmen* con el objetivo de cubrir todas las áreas comerciales del ámbito financiero. En este sentido, hasta el año 2000 coexistían en Reino Unido hasta ocho instituciones diferentes⁶⁸⁷ – *Office of the Banking Ombudsman, Office of the Building Societies*

⁶⁸⁶ RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, op. cit., p. 618.

⁶⁸⁷ Sobre la creación, desarrollo y proceso de refundición de todos estos *Ombudsman schemes* en Reino Unido, véase, por todos, SAMUEL, A., “Consumer financial services in Britain: new approaches to dispute resolution and avoidance”, *European Business Organization Law Review*, vol. 3, núm. 3, 2002, pp. 655-677.

Ombudsman, Office of the Investment Ombudsman, Personal Investment Authority Ombudsman Bureau, Personal Insurance Arbitration Service, Securities and Futures Authority Complaints Bureau and Arbitration Service, Financial Services Authority Complaints Unit and Independent Investigator y el Insurance Ombudsman Bureau–, refundidos en el actual FOS(UK).

En Australia, por su parte, la situación fue bastante similar, conviviendo cinco órganos extrajudiciales de solución de litigios –*Banking and Financial Services Ombudsman, Financial Industry Complaints Service, Insurance Ombudsman Service, Credit Union Dispute Resolution Service y la Insurance Brokers Disputes Ltd.*– que, entre 2008 y 2009 se fusionaron también para configurar el FOS(AU).

En consecuencia, en ambos ordenamientos estos Defensores son órganos o instituciones distintas de los Reguladores, dotados de autonomía e independencia (relativa) tanto en su estructura como en su funcionamiento interno para la tramitación de las reclamaciones de los usuarios financieros. Asimismo, constituyen una única organización que cubre todos los aspectos de la actividad financiera: banca, seguros e inversión; a diferencia de nuestro ordenamiento donde contamos con un Defensor para cada uno de estos sectores.

Así las cosas, aun cuando es cierto que las pautas básicas tanto del FOS(UK) como del FOS(AU) han sido establecidas por las Autoridades Reguladoras –FCA y APRA, respectivamente–, no por ello son órganos adscritos a dichas Administraciones, sino que se constituyen como organizaciones separadas e independientes con personalidad propia,

configuración que les dota de autonomía también para desarrollar la normativa básica de funcionamiento.

2.2. *La cuestión de la independencia*

La independencia es una de las cualidades más importantes, si no la más importante, que debe reunir la persona designada como *Ombudsman* y, por ende, el procedimiento que sigue para la resolución de las quejas y reclamaciones ante él presentadas. En este sentido se pronunció la Recomendación de la Comisión 98/257/CEE y así se ha establecido también en la Ley 44/2002, cuyo artículo 30 señala que tanto la organización como el funcionamiento de los servicios de reclamaciones deben ajustarse a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación. Sin embargo, extraña la ausencia de referencias a la independencia de esta institución en la Orden ECC/2502/2012 que la desarrolla, pero también en lo que concierne al nombramiento y cargo de los titulares de este servicio. Nótese que la normativa anterior –derogada por la LES– especificaba los requisitos y condiciones del cargo del *Ombudsman*, coincidentes con los exigidos al Defensor del Cliente en lo que respecta al prestigio en el ámbito financiero y económico, así como a su experiencia en el sector. Asimismo, también establecía el régimen de incompatibilidad de este cargo con cualquier otro en la Administración o en las entidades de crédito supervisadas.

A nuestro parecer, el legislador, al derogar estos imperativos contenidos en los artículos 22 a 28 de la Ley 44/2002, no ha hecho sino dejar a esta institución del *Ombudsman* financiero en una especie de limbo

jurídico donde tales rasgos deben ser ahora inferidos –más bien, deducidos– de la noción abstracta y genérica de independencia, mermando con ello la seguridad jurídica que debe rodear a este organismo para salvaguardar la eficacia del procedimiento. Entendemos, pues, que las decisiones deben ser tomadas de forma independiente y autónoma respecto de los criterios y directrices aplicados, lo que supone que, aun cuando se trate de un órgano adscrito a la Secretaría General del Banco de España, no puede quedar condicionado por las políticas de actuación de éste en el desempeño de sus funciones. Esta autonomía alude a la imparcialidad en el proceder del *Ombudsman*. Precisamente, la finalidad de esta exigencia reside en garantizar la mayor objetividad posible en la toma de decisiones, es decir, se busca evitar conflictos de interés con alguna de las partes. Sin embargo, la norma también adolece de la falta de un sistema de abstención o recusación de los miembros del DCMR a semejanza de los previstos para los jueces e incluso para los árbitros. En este sentido, creemos que se debería regular no solo el régimen de incompatibilidad en el desempeño de otros cargos para garantizar la independencia, sino también las causas de abstención y recusación para lograr la imparcialidad en los pronunciamientos. Circunstancias que, en caso de existir, deberían ser comunicadas al Banco de España como autoridad supervisora, esto es, la norma debería imponer un deber de revelación al *Ombudsman* de toda circunstancia o hecho que pudiera generar un conflicto de interés o vulnerar la debida imparcialidad en el marco de su actividad, en términos similares a los previstos en el arbitraje.

En Reino Unido, este organismo, en su configuración vigente, ha sido establecido por la FSMA 2000, siendo que las reglas sobre el procedimiento de tramitación de quejas y reclamaciones se contienen en el

FCA Handbook of Rules and Guidelines, concretamente en el bloque 4º, bajo la rúbrica “*Redress, Dispute Settlement (DISP)*”. Sin embargo, aun cuando el organismo regulador sea la FCA –antes la FSA, única autoridad reguladora del sistema financiero hasta 2013⁶⁸⁸–, el FOS ha sido constituido como un órgano independiente del Regulador⁶⁸⁹, quien carece de autoridad para intervenir en el desempeño de sus funciones⁶⁹⁰, mientras que en España continúa pendiente “la emancipación de la protección del cliente de servicios financieros de la tutela de las autoridades supervisoras que, a pesar del conflicto de intereses con la supervisión prudencial, continúan reteniendo las competencias en materia de transparencia y protección de la clientela de las propias entidades de cuya solvencia son responsables”⁶⁹¹. No obstante, encontramos la misma falta de regulación relativa a la organización y funcionamiento de esta figura en las normas procedimentales –DISP rules–, debiendo por ello acudir a la FSMA 2000

⁶⁸⁸ NORTON, J. J., “Global Financial Sector Reform: The Single Financial Regulator Model Based on the United Kingdom FSA Experience –A Critical Reevaluation”, *The International Lawyer*, vol. 39, núm. 1, 2005, pp. 15-62 y LOMNICKA, E. Z., “Reforming U.K. financial services regulation: the creation of a single regulator”, *Journal of Business Law*, septiembre 1999, pp. 480-489.

⁶⁸⁹ El “Memorandum of Understanding between the Financial Conduct Authority (the FCA) and the scheme operator, the Financial Ombudsman Service Limited”, vigente desde el 1 de abril de 2013, establece precisamente la necesidad de cooperación entre ambos órganos, si bien cumplen funciones distintas de forma independiente: “*This memorandum of understanding provides a framework for the FCA and the Financial Ombudsman Service Limited to cooperate and communicate constructively to carry out their independent roles and separate functions*”. El contenido del documento está disponible en línea: http://www.financial-ombudsman.org.uk/about/MOU_with_FCA-APRIL2013.pdf, consultado el día 12 de octubre de 2014.

⁶⁹⁰ GILAD, S., “Juggling Conflicting Demands: The Case of the UK Financial Ombudsman Service”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, núm. 19, 2008, p. 665. De la misma autora, “Exchange without capture: the UK Financial Ombudsman Service’s struggle for accepted domain”, *Public Administration*, vol. 86, núm. 4, 2008, p. 910.

⁶⁹¹ VEGA SERRANO, J. M., *La regulación bancaria*, op. cit., p. 125.

–parte XVI– para conocer de dicha regulación que, a diferencia del ordenamiento español, contiene disposiciones más detalladas sobre este procedimiento de resolución de reclamaciones. Precisamente, la Sección 225(1) establece expresamente la independencia del *Ombudsman* en el desempeño de sus funciones⁶⁹², si bien tampoco concreta el significado y alcance de la misma, debiendo interpretarse de la forma antes señalada.

Por último, la independencia del FOS(AU) ha sido establecida por el *Executive Committee of the Australian and New Zealand Ombudsman Association* (en adelante, ANZOA), en su Declaración de 5 de febrero de 2010, donde en analogía con el ordenamiento español se concretan los principios procedimentales que debe cumplir en todo caso, siendo el primero de ellos la independencia⁶⁹³. En el mismo sentido se pronuncian los Términos de Referencia del propio FOS(AU) en su artículo primero⁶⁹⁴.

En suma, observamos que, como *Ombudsman*, deben respetar el principio de independencia y consecuente imparcialidad en el desempeño de sus funciones para garantizar la tutela efectiva de los consumidores de servicios financieros que han sufrido algún perjuicio como consecuencia de una actuación de las entidades de crédito. Ahora bien, en todos los casos, la normativa adolece de la concreción necesaria para salvaguardar

⁶⁹² Sec. 225(1): “*This Part provides for a scheme under which certain disputes may be resolved quickly and with minimum formality by an independent person*”.

⁶⁹³ “*The Australian and New Zealand Ombudsman Association (ANZOA) is concerned to ensure appropriate use of the term Ombudsman. Our view is that a body should not be described as an Ombudsman unless it complies with six essential criteria addressing independence, jurisdiction, powers, accessibility, procedural fairness and accountability*”.

⁶⁹⁴ “*The Service is conducted by FOS and has been established as an independent forum to resolve Disputes between Applicants and Financial Services Providers*”.

estos principios, dejando en manos de las propias instituciones su interpretación y su realización efectiva, sin ninguna medida de control externo que vigile y, en su caso, sancione, aquellas políticas de actuación contrarias a las buenas prácticas y usos financieros, así como aquellas que menoscaben los estándares de protección de los consumidores de estos servicios.

2.3. *Naturaleza como órgano de segunda instancia*

La naturaleza del *Ombudsman* como órgano de segunda instancia está en estrecha conexión con el procedimiento de resolución en sentido amplio –incluyendo tanto los órganos IDR como los órganos EDR–, en concreto con el requisito previo exigido en los tres ordenamientos aquí analizados.

Precisamente, la admisión a trámite de las quejas y reclamaciones por el *Ombudsman* ha quedado supeditada al cumplimiento de un requisito previo como es la formulación de la reclamación o queja previamente ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o partícipe.

En la práctica este requisito consiste en el cumplimiento de una de las siguientes circunstancias:

1. Acreditar de forma fehaciente la formulación previa ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o partícipe de la entidad contra la que se reclame.

2. Acreditar de forma fehaciente la inadmisión o desestimación – parcial o total– de la reclamación o queja ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o partícipe de la entidad contra la que se reclame.
3. Acreditar fehacientemente que ha transcurrido el plazo estipulado para la resolución de la reclamación, –dos meses para entidades españolas, ocho semanas para entidades inglesas y 45 días (o 21 en caso de que concurran dificultades económicas) para las entidades australianas–, a contar desde su presentación en el servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente o partícipe de la entidad contra la que se reclame, sin haber recibido contestación alguna.

Respecto del sistema español, cabe hacer una matización. Para aquellos supuestos en los que las entidades de crédito hayan previsto la coexistencia de ambas instituciones para la resolución de los conflictos con su clientela y, además, que el Defensor del Cliente actúe como segunda instancia, esta opción se establece, obviamente, sin perjuicio del derecho de los clientes y usuarios de acudir directamente al DCMR desde el momento en que se haya pronunciado el Servicio de Atención al Cliente competente. Esto supone, en la práctica, que una vez recibida la resolución del Servicio de Atención de la entidad, el cliente –disconforme con la misma– puede, bien acudir al Defensor, actuando, como se dijo, como órgano de tercera instancia, o bien acudir directamente al DCMR.

2.4. Plazo (de caducidad) de la reclamación

Acabamos de concretar el momento temporal en el que los clientes pueden formular su reclamación o queja ante el *Ombudsman*. Sin embargo, cabe cuestionarse acerca de la posible caducidad del plazo de interposición de dicha reclamación, por cuanto determina la admisión o inadmisión a trámite de la reclamación o queja planteada. Aquí también es necesario que diferenciamos según el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, en el sistema español solamente se señala, de forma genérica, que el DCMR no atenderá las reclamaciones presentadas trascurrido el plazo de extinción de acciones o derechos, por lo que habrá que atender a la normativa reguladora aplicable al contrato en cuestión.

En segundo lugar, de conformidad con los términos establecidos en las DISP rules⁶⁹⁵, para la presentación de la reclamación o queja ante el FOS(UK) se ha establecido la regla de los seis meses, por la que se concede al consumidor un plazo de seis meses para elevar su reclamación al *Ombudsman*, a contar desde la fecha de notificación de la decisión final del Servicio de Atención al Cliente de la entidad contra la que reclama. No obstante, esta regla no es inamovible, pues se establece que los clientes podrán presentar su reclamación dentro de un periodo de seis años a contar desde la formulación de la misma ante el Servicio de Atención de la entidad o de tres años desde que el cliente tuvo conocimiento de los hechos por los que se reclama.

Ahora bien, el *Ombudsman* puede entrar a conocer, en cualquier momento, de las siguientes reclamaciones, a saber:

⁶⁹⁵ DISP rule 2.8.2R.

- Si el *Ombudsman* estima la concurrencia de circunstancias especiales o excepcionales, tales como la incapacidad del cliente.
- Si la entidad reclamada no manifiesta su oposición, aun cuando efectivamente haya transcurrido el plazo estipulado para ello, para que el *Ombudsman* resuelva el conflicto.
- Si el *Ombudsman* queda compelido a conocer de la reclamación por la *Ombudsman Transitional Order*.

En tercer lugar, en el ordenamiento australiano han quedado establecidos otros plazos de caducidad de la acción de reclamación. Así es, los clientes disponen de un plazo de dos años para la presentación de la reclamación desde la recepción de la decisión del Servicio de Atención de la entidad contra la que reclaman o en caso de que el objeto de controversia sea una variación en el contrato de crédito como consecuencia de la concurrencia de dificultades financieras, una transacción injustificada o el cobro de un interés desmedido. Este plazo se eleva hasta los seis años desde que el cliente tuvo conocimiento del perjuicio.

2.5. Procedimiento del DCMR

Los extremos fundamentales del procedimiento de presentación de reclamaciones ante cualquiera de los tres Servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la DGSFP han quedado recogidos en la Orden ECC/2502/2012. Esta unificación y homogeneización de los criterios y requisitos del procedimiento actúan en *pro* de la seguridad

jurídica y en la mejora de los mecanismos de protección de los consumidores ante los despropósitos de la banca.

Respecto de esta nueva regulación cabe señalar que, si bien es cierto que esta unificación de criterios era necesaria, no es menos cierto que también era esperada una modificación sustancial del funcionamiento y diseño del procedimiento, especialmente tras el fiasco de los Comisionados. Sin embargo, el legislador debió de entender que, dada la grave coyuntura social y económica, no era la mejor época para llevar a cabo dicha transformación. Opinión que no compartimos porque consideramos que era momento de cambiar el rumbo de la situación dotando a los consumidores de un procedimiento más eficaz para resolver sus disputas con las entidades de crédito. Con todo, de la tendencia marcada por las novedades introducidas en esta Orden, por ejemplo, al otorgar mayor valor a las alegaciones de los clientes reclamantes, se infiere una voluntad de cambiar el sistema de resolución de reclamaciones existente por uno más independiente y eficaz, a la par que más próximo al consumidor. La propia Exposición de Motivos recoge esta intención, estableciendo como principales objetivos la mejora de la eficacia del funcionamiento de estos servicios mediante una adecuada aplicación de la normativa sobre transparencia y protección del usuario de servicios financieros, así como de las denominadas buenas prácticas bancarias, lo que redundará en un incremento de la seguridad jurídica en este ámbito.

A mayor abundamiento, resulta sorprendente que el DCMR fuera creado en 1987 y no fuera hasta mediados de 2013 cuando se ha estimado oportuno poner a disposición de los clientes y usuarios financieros una guía con los pasos a seguir para la presentación de una queja, reclamación o consulta. Precisamente, esta guía recibe el nombre de “Manual de

usuario para la Oficina Virtual de Reclamaciones”, disponible en la propia web del Banco de España⁶⁹⁶. En ella se incluye toda la información relativa a los trámites 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 y otras cuestiones o informaciones sobre los avisos o los datos de contacto. Este Manual recoge, pues, 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.

2.5.1. Régimen de 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, como consecuencia de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. De igual forma 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. Por

⁶⁹⁶ El contenido del documento está disponible en línea en: http://www.bde.es/f/webbde/RCL/servicio/reclama/ficheros/PSR_DOC_DMU_OV_2013-07.pdf, consultado el día 5 de octubre de 2014.

tanto, cabe afirmar que la competencia del DCMR es muy amplia, si bien debe tenerse en cuenta que no carece de competencia para analizar cuestiones de Derecho privado en sentido estricto tales como las relativas a la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales, pues el estudio de las relaciones jurídico-privadas derivadas de los contratos son competencia de los Tribunales de Justicia.

No obstante, el legislador ha delimitado el ámbito de actuación del DCMR, previendo determinadas materias que quedarían al margen de su competencia. En concreto, el DCMR no podrá entrar a conocer de:

- Cuestiones que, en el momento de plantearse la reclamación, están siendo objeto de litigio ante los Tribunales de Justicia o ante cualquier otro órgano arbitral o administrativo.
- Reclamaciones sobre las que exista una resolución previa emitida por algún otro órgano judicial, arbitral o administrativo.
- Cuando en la reclamación o queja se planteen controversias sobre determinados hechos cuya prueba únicamente pueda ser realizada en vía judicial.
- Cuando la reclamación o queja se fundamente en una controversia cuya resolución requiera necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros.
- Cuando se planteen controversias sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la

actuación, incluso sancionable, de las entidades sometidas a supervisión, o sobre cualquier otra valoración económica, pues su cuantificación es competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia.

En este caso no es una, sino dos, las materias excluidas de la competencia del DCMR. Por un lado, la valoración de los daños y perjuicios y, por otro, cualquier otra valoración económica, debiendo entenderse esta última como una tasación más amplia que la primera, abarcando cualquier otro tipo de valoración pericial o técnica sobre los daños sufridos por la actuación de la entidad.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el DCMR no atenderá aquellos asuntos cuyo conocimiento le corresponda a otro organismo, a saber:

- Las reclamaciones sobre mercados de valores, cuyo conocimiento y análisis corresponde juzgar a la CNMV.
- Las disputas relativas a la comercialización de seguros y planes de pensiones, competencia de la DGSFP.
- Las cuestiones relativas a la inclusión del reclamante en un registro de morosos, cuya resolución es competencia de la Agencia Española de Protección de Datos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el DCMR y los Servicios de Reclamaciones de la CNMV y la DGSFP actúan bajo el principio de ventanilla única, lo que significa que cualquier reclamación o queja podrá ser presentada indistintamente ante cualquiera de estos tres servicios de reclamaciones, con independencia de su contenido, eliminando las

barreras de acceso para los consumidores interesados que no tienen la obligación de ser conocedores de los límites competenciales de estos organismos. Por esta razón, en caso de que el DCMR no resulte competente para su tramitación, deberá remitirla inmediatamente al servicio de reclamaciones competente.

No obstante, cabe la posibilidad de que, en la práctica, se produzca un conflicto competencial. En otras palabras, es perfectamente plausible que una queja, reclamación o consulta corresponda, por razón de su contenido, al ámbito de competencia de dos o más servicios de reclamaciones. En estos casos, el expediente deberá ser tramitado por el servicio de reclamaciones que corresponda en atención a la naturaleza jurídica de la entidad reclamada –entidad de crédito, empresa aseguradora o empresa de servicios de inversión, por ejemplo–, debiendo solicitar informe a los otros servicios de reclamaciones sobre los asuntos que correspondan a sus ámbitos de competencias, integrándose su contenido en el informe final –recomendación– que se dicte. Ahora bien, para poder articular de manera eficiente la transferencia de información y la asistencia para la elaboración de los informes, los servicios de reclamaciones han quedado facultados para alcanzar los acuerdos necesarios para armonizar y mejorar las prácticas en el ejercicio de sus funciones.

2.5.2. Presentación de las quejas y reclamaciones

La presentación de la queja o reclamación ante cualquier sistema IDR es *conditio sine qua non* para la iniciación del procedimiento de resolución en sede del DCMR. Así pues, el procedimiento se inicia también a instancia de parte. Ahora bien, aunque es un procedimiento

menos formalista que el judicial o el arbitral, no por ello desconoce de ciertos requerimientos para su correcta tramitación, debiendo distinguir entre requisitos formales y de fondo a tener en cuenta para la formulación de la reclamación o queja contra la entidad de crédito.

i. Requisitos de forma

De acuerdo con los términos establecidos en la Orden ECC/2502/2012, que mantiene la aplicación del principio de escritura recogido también en la Orden ECO/734/2004, determina que los clientes bancarios interesados podrán presentar sus quejas o reclamaciones, bien en soporte papel, bien en soporte telemático a través de los registros electrónicos habilitados a tal efecto en el Banco de España, la CNMV y en la DGSFP. La continuidad en la aplicación de este principio entendemos responde a la uniformidad y estandarización, a la vez que simplificación, del procedimiento de resolución de conflictos con entidades de crédito con total independencia del órgano que esté conociendo de los mismos. Ello redunda, a su vez, en una mayor seguridad jurídica procedimental y en el incremento de la confianza de los consumidores en este mecanismo ADR.

En la práctica, el DCMR pone a disposición de los clientes bancarios hasta tres vías para interponer la reclamación, queja o consulta contra una determinada entidad de crédito supervisada por el Banco de España. En primer lugar, cabe la posibilidad de iniciar este procedimiento a través de la presentación física de cualquiera de los citados instrumentos ante el Registro General del Banco de España, con sede en Madrid, así como en cualquiera de sus sucursales repartidas por las ciudades del país. En segundo lugar, se ha previsto la opción de dirigirse al DCMR a través de

correo postal⁶⁹⁷. En tercer lugar, cabe remitir la reclamación, queja o consulta por correo electrónico a través de la Oficina Virtual de Reclamaciones (en concreto en el apartado “Tramitación”). Ahora bien, para poder realizar la presentación de la reclamación, queja o consulta a través de este medio, deberá contar con un certificado digital válido y aceptado, que para las personas físicas puede ser el FNMT⁶⁹⁸ o el DNIe y para las personas jurídicas solo el FNMT, en los términos establecidos en el artículo 15.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, *de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*⁶⁹⁹.

Con independencia de la forma y lugar de presentación, se deberá dejar constancia formal de la recepción de la misma por parte del correspondiente servicio de reclamaciones que las reciba, con independencia de los servicios a los que la reclamación o queja se refiera, lo que en la práctica conlleva la emisión de un acuse de recibo que deberá remitirse al cliente reclamante.

ii. Requisitos de fondo

La presentación de quejas o reclamaciones se podrá efectuar conforme al formulario que a tal efecto desarrollarán los Servicios de Reclamaciones, puestos a disposición de los usuarios de servicios

⁶⁹⁷ La dirección postal es: Banco de España, Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones. C/ Alcalá, 48 (C.P. 28014) Madrid.

⁶⁹⁸ Se trata de Certificados Digitales que ofrece la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre - Real Casa de la Moneda, que son tramitados directamente a través de su Sede Electrónica, accesible en: <https://www.sede.fnmt.gob.es/certificados>, consultada el día 14 de septiembre de 2014.

⁶⁹⁹ BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007.

financieros en su página web, con la finalidad de que estén accesibles en el momento de la presentación de la queja o reclamación. De acuerdo con la Orden ECC/2502/2012, estos formularios deben contener, como mínimo, la siguiente información:

- Datos identificativos del reclamante, entre los que se debe incluir el nombre y apellidos o la denominación social en caso de tratarse de personas jurídicas, el domicilio a efectos de notificaciones y número de identificación de las personas físicas o entidades, o, en su caso, datos del registro público de la entidad de que se trate.
- En caso de presentarse la reclamación o queja por medio de representante, deberá acreditarse la representación por cualquier medio admitido en derecho.
- La identificación de la entidad reclamada, así como de la oficina o sucursal a que se refiere en su caso la reclamación o queja.
- Motivo de la reclamación o queja, constando expresamente que aquella no se encuentra pendiente de resolución o litigio ante órganos administrativos, arbitrales o jurisdiccionales. Téngase en cuenta que, en ningún caso, podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en la reclamación o queja previa ante el Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, Defensor del Cliente de la entidad contra la que se reclame, con excepción de los hechos relacionados que se hubieran producido con posterioridad a su sustanciación.
- Acreditación del transcurso del plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación o queja ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente o

partícipe sin que haya sido resuelta, o que ha sido denegada la admisión o desestimada, total o parcialmente, su petición.

- Lugar, fecha y firma (electrónica, en su caso).

Respecto del contenido de las consultas, cabe señalar que éstas no podrán referirse a una concreta operación, sin perjuicio de poder plantearse la oportuna reclamación, ni tampoco a las condiciones materiales de las operaciones siempre que se ajusten a las normas de transparencia y protección de la clientela, ni a los contratos de seguro por grandes riesgos. Solamente para las consultas se contempla un plazo de subsanación 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 poder acreditar y justificar los hechos o datos incorporados en la reclamación, deberá 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.

iii. Presentación colectiva de quejas o reclamaciones

Por todos es sabido que la masificación de los contratos bancarios así como las políticas comerciales de las entidades de crédito tienen repercusión sobre una colectividad de consumidores, pudiendo, en caso de error o abuso, resultar afectados los intereses de dicha colectividad. Por ello, es necesario que los mecanismos de solución se adapten a esta

situación y prevean sistemas específicos que garanticen el acceso a una tutela eficaz. En este sentido se ha elaborado la Orden ECC/2502/2012 que, en su artículo 9, prevé la presentación de reclamaciones y quejas colectivas.

Así pues, podrá presentarse una única reclamación o queja conjunta por parte de distintos reclamantes –debiendo nombrar un representante– cuando éstos se vean afectados por conductas que tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, de la misma entidad. A tal fin se deberá cumplimentar el correspondiente formulario, incluyendo la información *supra* expuesta para la presentación de quejas o reclamaciones individuales. Para su tramitación, debe tenerse en cuenta que se seguirán las mismas diligencias, puesto que se considerará como un único expediente, pronunciándose sobre éstas en una única resolución.

iv. Efectos jurídicos de la presentación de la queja o reclamación

El artículo 5.4 de la Orden ECO/2502/2012 determina las consecuencias jurídicas de la interposición de reclamaciones o quejas ante el DCMR. En este sentido, establece una doble consecuencia.

Por un lado, la presentación de estos recursos “*no paralizará la resolución y tramitación de los correspondientes procedimientos*”. Este efecto se conecta con la imposibilidad de tramitar la queja o reclamación en caso de que ésta esté siendo tramitada en un procedimiento administrativo, arbitral o judicial (artículo 10.4 de la Orden ECC/2502/2012). En consecuencia, en caso de tramitación simultánea de reclamaciones o quejas y de un sobre la misma materia por esta vía y por la administrativa, judicial o arbitral, se concederá prioridad a estas últimas

frente a la del DCMR, decretando sin más el archivo del expediente, previa comunicación al interesado. Asimismo, también constituye causa de inadmisión de la reclamación o queja la pendencia de resolución ante cualquiera de estos órganos –judiciales, arbitrales o administrativos–. El artículo 5.4 *in fine* señala que la utilización de los servicios de reclamaciones para atender las quejas o reclamaciones de los clientes se entiende sin perjuicio de otros sistemas de protección previstos en la legislación vigente, en especial, en la normativa arbitral y de consumo. Esta disposición resulta lógica por cuanto los procedimientos extrajudiciales son alternativos y, en algunos casos, incluso complementarios, de la vía judicial, pero en ningún caso, excluyentes.

Por otro lado, 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*”. Al respecto, el artículo 1973 del C.C. indica los motivos por los que la prescripción de las acciones civiles puede ser interrumpida, en concreto, por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. La presentación de la reclamación ante el DCMR responde al segundo supuesto, por cuanto son “actos que rompen el llamado silencio de la relación jurídica, que sean contrarios a la dejación o abandono del derecho y que hagan, por consiguiente, injusto que el sujeto pasivo pueda quedar beneficiado por el transcurso del tiempo”⁷⁰⁰. Sin embargo, este mismo

⁷⁰⁰ DÍEZ PICAZO, L., *La prescripción extintiva, en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 184.

motivo justifica que la presentación de una consulta no tenga efectos suspensivos respecto de los plazos establecidos en el ordenamiento para el ejercicio de los derechos ni tramitación de los procedimientos.

En suma, la presentación de una reclamación o queja ante el DCMR supondrá la interrupción del plazo de prescripción de las acciones civiles que le correspondan al cliente reclamante como consecuencia de la naturaleza extrajurisdiccional de este procedimiento de resolución de litigios.

2.5.3. Admisión a trámite de las quejas y reclamaciones

Una vez presentada la reclamación o queja ante el DCMR, éste debe comprobar que no concurre ninguna causa de inadmisión prevista en la propia ECC/2502/2012, en concreto, en su artículo 10. En este sentido, las primeras causas de inadmisión derivan de la propia naturaleza de este Servicio como órgano de segunda instancia –o de tercera instancia en aquellos casos, en el ordenamiento español, en que se ha previsto que el Defensor actúe como segunda instancia–, puesto que la formulación de las quejas y reclamaciones ante estas instancias constituyen requisito indispensable para su presentación ante el DCMR. En efecto, las quejas o reclamaciones serán inadmitidas cuando no se acredite fehacientemente haberlas formulado previamente al departamento o Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, al Defensor del Cliente o partícipe 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 por tales instancias tras la presentación de la reclamación o

queja, así como la decisión final emitida por la entidad que ahora se recurre para su revisión por un organismo externo.

Asimismo, cabe la inadmisión de la reclamación en caso de no acreditarse de forma debida el transcurso del plazo de dos meses desde la presentación de la queja o reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, del Defensor del Cliente, sin haber recibido contestación. Sin embargo, el legislador exceptúa esta circunstancia en aquellos casos en los que la reclamación tenga por objeto la demora o incumplimiento por la entidad de una decisión dictada por el Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, del Defensor o partícipe de la entidad, en sentido favorable al cliente.

Por otra parte, en relación con los requisitos de fondo establecidos, así como en la línea de los procedimientos IDR, en caso de que la reclamación o queja adoleciera de un error o defecto no subsanable, el DCMR procederá a su inadmisión a trámite. En concreto, se inadmitirán aquellas reclamaciones o quejas que versen sobre cuestiones planteadas previamente ante el mismo órgano y aquellas en las que se hayan omitido o no se hayan concretado datos esenciales necesarios para su tramitación y no subsanables. Igualmente, no serán objeto de tramitación aquellas reclamaciones o quejas que reiteren otras anteriores resueltas y que tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, respecto del mismo sujeto y en méritos de idéntico objeto.

Tampoco serán objeto de tramitación las quejas y reclamaciones en las que existan diferencias esenciales entre el contenido de la reclamación o queja remitido al DCMR y el contenido de la formulada ante el Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, ante el Defensor, puesto que el objeto

reclamado debe ser el mismo en ambas instancias. Por último, el DCMR no podrá dilucidar sobre aquellas reclamaciones presentadas habiendo transcurrido el plazo de prescripción de acciones o derechos que de conformidad con lo previsto en los contratos o en la normativa reguladora que resulte de aplicación pueda ejercitar quien presente o aquel en cuya representación se presente la reclamación o queja de que se trate y en todo caso cuando haya transcurrido un plazo de seis años desde la producción de los hechos sin que se haya presentado la reclamación o queja.

Así las cosas, cuando concurriese alguna de estas circunstancias, el DCMR deberá remitir al interesado un informe motivado, instándole a presentar las alegaciones que estime oportunas en el plazo de diez días hábiles. Transcurrido dicho plazo, pero manteniéndose la inadmisión de la reclamación o queja –aun habiendo remitido el escrito de alegaciones–, se le comunicará al cliente interesado la decisión final adoptada por el DCMR.

Finalmente, cuando se esté tramitando de forma simultánea la queja o reclamación con un procedimiento administrativo, arbitral o judicial sobre la misma materia, no solo se decretará la inadmisión de la misma, sino también se ordenará el archivo del expediente, previa comunicación al interesado.

2.5.4. Tramitación del expediente

Admitida la reclamación, queja o consulta, se procede a su tramitación por el DCMR, que puede llevarse a cabo tanto de forma individual como conjunta en caso de que proceda acumular varios expedientes para su tratamiento. Asimismo, aunque existe unidad de

procedimiento en el tratamiento de las reclamaciones, quejas o consultas, encontramos algunas diferencias en lo que concierne a los plazos estipulados para la investigación y presentación de alegaciones por las partes, así como particularidades en la tramitación de las quejas.

i. Acumulación de expedientes

De igual forma que en el proceso civil cabe la acumulación de acciones y procesos en virtud del principio de economía procesal, en este procedimiento extrajudicial también se ha contemplado esta posibilidad. En efecto, la propia Orden ECC/2502/2012 establece dos situaciones en las que cabe la acumulación de expedientes, relacionadas con la identidad objetiva o subjetiva de las reclamaciones o quejas formuladas. Esta acumulación de expedientes obedece, por un lado, al principio de economía procesal, que se deriva de la existencia de un único procedimiento para sustanciarse varias acciones y resolverse todas ellas en una sola sentencia y, por otro lado, proteger a los clientes reclamantes de posibles decisiones contradictorias que puedan emitirse en cuestiones conexas si se tramitaran de forma separada⁷⁰¹.

En el proceso civil, la acumulación de acciones viene regulada en los artículos 71 a 73 de la LEC, bajo la rúbrica “[D]e la acumulación de acciones y de procesos”, definida como el ejercicio conjunto, de dos o más acciones, en un único proceso, lo que conlleva una única sentencia con

⁷⁰¹ “(...) la acumulación debe aceptarse en aras de superiores principios con amparo constitucional y de economía procesal y evitación de sentencias contradictorias”. Auto de la AP Madrid, Sección 19ª, núm. 212/2006, de 14 julio (B.D. Westlaw, AC 2006\2056).

tantos pronunciamientos como acciones se hayan sometido al conocimiento del órgano judicial en cuestión, pues así se cumplirá con los requisitos de exhaustividad y congruencia al que está sometido el proceso civil español⁷⁰². Por tanto, extrapolando esta noción al ámbito extrajurisdiccional, estaríamos hablando de una acumulación de pretensiones equivalente a la de acciones para el proceso civil.

En concreto, de conformidad con el artículo 8 de la Orden, se producirá la acumulación de expedientes cuando las reclamaciones, 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. Igualmente, también se podrán acumular aquellas reclamaciones o quejas formuladas por una misma persona pero referidas a cuestiones que guarden una identidad sustancial o una íntima conexión, y que no consistan en una mera reiteración.

Finalmente, cabe decir que la tramitación conjunta de dos o más expedientes no supone la pérdida de la individualidad de las pretensiones formuladas⁷⁰³, por lo que se mantendrá la mención individualizada de las reclamaciones o quejas en el resumen estadístico que ha de contener la memoria anual.

⁷⁰² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 45-46; GUZMÁN FLUJA, V. C. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación de acciones: arts. 71 a 73 LEC”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008, p. 3 y GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Las Rozas, 2000, p. 16.

⁷⁰³ AA.VV., *Derecho Jurisdiccional II*, dir. por MONTERO AROCA, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 20 ed., 2012, p. 164.

ii. Desarrollo de la tramitación

Con carácter previo a la ejecución de cualquier otra acción, la Orden ECC/2502/2012 establece, en su artículo 11, una 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 –judicial, arbitral o administrativo–.
- El informe final no tiene carácter vinculante ni la consideración de acto administrativo recurrible.

Este deber de información se establece como correlato del principio de transparencia que debe ser garantizado en todo procedimiento extrajudicial de solución de conflictos en los términos de la Recomendación de la Comisión 98/257/CE. De igual forma, también la Orden adopta medidas para salvaguardar el principio de contradicción entre las partes. A tal fin, el DCMR remitirá a la entidad de crédito la reclamación, concediéndole un plazo de quince días para que conteste presentando las alegaciones y documentación que estime pertinentes.

Con toda la información recabada, el instructor y los tramitadores deben iniciar la llamada fase de investigación, consistente en analizar los hechos alegados y la documentación justificativa para formarse un juicio razonable sobre lo sucedido y poder así elaborar las propuestas de

resolución. Ahora bien, el hecho de que sean las partes quienes deban aportar los documentos que justifiquen y argumenten sus respectivas alegaciones no es óbice a la facultad del DCMR de solicitar cualquier otra documentación necesaria para el correcto conocimiento de lo sucedido. Requerimientos que serán atendidos por el Servicio de Atención al Cliente o Defensor del Cliente que hubieran conocido del expediente en primera instancia en un plazo no superior a quince días hábiles para los expedientes de reclamación o de diez días hábiles para los de queja, transcurridos los cuales sin contestación se tendrán por incumplidos a los efectos de continuar la tramitación del expediente.

No obstante, este principio de contradicción no quedaría plenamente garantizado si ambas partes no tuvieran acceso a las actuaciones incorporadas al expediente, por lo que deberá remitirse copia de las anteriores alegaciones y documentación al reclamante. Traslado que podrá ser ejecutado por el DCMR o por la propia entidad reclamada. No obstante, no toda la documentación fiscal o bancaria proporcionada por la entidad de crédito tiene que ser enviada al cliente, pues dicha entidad se reserva el derecho de limitar su conocimiento al DCMR. En efecto, aquella documentación bancaria que, por contener códigos internos o que integre un listado en el que se incluya también información sobre otros asuntos, la entidad la considerada “sensible” para hacerla pública, deberá ir marcada con el sello de “confidencial” para evitar su traslado al cliente reclamante. Recibida la documentación por el cliente interesado, dispone de un plazo de quince días hábiles en caso de tratarse de una reclamación o, de diez días hábiles, en caso de queja, para pronunciarse sobre las alegaciones de la entidad.

Así las cosas, tras la realización de este trámite de audiencia escrita, donde las partes alegan lo que estimen oportuno para justificar sus posturas y pretensiones, se procede a emitir el correspondiente informe. Asimismo, 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.

Con todo, se trata de un procedimiento sencillo y rápido por cuanto su duración no excede de los cuatro meses, pero en el que tanto los clientes reclamantes como las entidades de crédito desempeñan un papel activo aunque limitado a la aportación de documentación, poniéndose en duda su categorización como mediación o conciliación.

2.5.5. Finalización del procedimiento: emisión del informe

La emisión de la decisión del DCMR es el modo normal de terminación del procedimiento. Sin embargo, a diferencia de la denominación de “decisión”, “solución” o “resolución” que caracterizaba los pronunciamientos de los Servicios de Atención al Cliente o, en su caso, del Defensor del Cliente, el fallo del DCMR –así como de los Servicios de Reclamaciones de la CNMV y de la DGSFP– reciben la denominación de “informe”, que en todo caso tendrá carácter de recomendación. En las siguientes líneas identificaremos los requisitos que debe reunir todo informe, si bien la cuestión de la naturaleza jurídica será analizada conjuntamente con las resoluciones emitidas por el FOS(UK) y el FOS(AU), de forma que permita comprobar las diferencias de los sistemas legales respecto de los efectos jurídicos de tales resoluciones. Nótese que

la emisión de la decisión final es imperativa, salvo en los supuestos de allanamiento de la entidad o desistimiento del cliente, en los que se decretará el archivo de la reclamación y que analizaremos posteriormente.

i. Requisitos de forma

La normativa no se pronuncia sobre el formato que debe seguir este informe, empero, de sus disposiciones se infiere que también rige el principio de escritura. Asimismo, de igual forma que se ha producido una estandarización de los contratos bancarios y se han elaborado formularios específicos para las reclamaciones, quejas y consultas, el DCMR también ha configurado un formato predeterminado de informe que obedece a motivos de economía y racionalidad de los recursos, al mismo tiempo que permite un mayor ahorro de tiempo en la preparación del mismo.

Respecto de la notificación del informe, la Orden contempla diferentes plazos dependiendo del recurso que se trate. Así pues, el informe que concluya un expediente de reclamación deberá ser notificado a los interesados y a la entidad reclamada en el plazo de diez días hábiles a contar desde su fecha de emisión y de cinco días hábiles en caso de tratarse de una queja.

ii. Requisitos de fondo

El artículo 12.3 de la Orden ECC/2502/2012 establece el contenido del informe que debe emitir el DCMR tanto en caso de estar conociendo de una reclamación como de una queja. Así pues, se exige que esté motivado. Al respecto, aunque la normativa nada especifique sobre el

sentido de este requisito de motivación, debemos entenderlo en los mismos términos que los exigidos para las sentencias judiciales o los laudos arbitrales. Así es, deberá expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la documentación aportada como prueba, así como a la aplicación e interpretación del derecho. En este sentido, deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de lo actuado se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección así como si la actuación controvertida se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos bancarios. Asimismo, se exige congruencia del informe, puesto que deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas en la queja o reclamación.

Centrándonos en el contenido del informe, cabe reseñar su relación con el formato diseñado y estandarizado. En efecto, el informe deberá contener los siguientes aspectos, a saber:

- Número de referencia del expediente de la queja o reclamación.
- Identificación de las partes implicadas –entidad de crédito y cliente–.
- Objeto de la reclamación, consistente en una descripción de los hechos por los que se interpuso en tiempo y forma la queja o reclamación.
- Alegaciones de la entidad reclamada, debiendo indicar la fecha exacta en la que fueron presentadas.
- Competencia del DCMR para conocer de la queja o reclamación en cuestión.

- Opinión del Departamento, donde se analizará el posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, o de las buenas prácticas y usos financieros. Asimismo, deberá recogerse la *ratio decidendi* del DCMR en la elaboración del pronunciamiento final, especificando las observaciones recogidas durante la fase de investigación en el marco de la tramitación del expediente.
- Conclusión o pronunciamiento final sobre la queja o reclamación, determinando la existencia de una vulneración de la normativa y los argumentos o hecho principales en los que se fundamenta. Pronunciamiento que podrá ser estimatorio, parcialmente estimatorio o desestimatorio para las pretensiones del cliente interesado.

Un aspecto que en ningún caso podrá contener el informe, con independencia del sentido del dictamen, será una apreciación de los daños y perjuicios que el cliente haya podido sufrir, puesto que es competencia exclusiva de los Tribunales de justicia. A tal fin, el cliente deberá recurrir a la vía judicial aportando este informe como prueba documental de fuerza. No obstante, si bien estamos ante un informe elaborado por un experto en la materia, el juez o tribunal competente no quedará vinculado por el contenido del mismo, pues los criterios seguidos por el DCMR no coinciden con los aplicados por los tribunales de justicia, abarcando códigos de buenas prácticas y usos bancarios que, matizan el contenido de la resolución.

iii. Plazo para emitir la Recomendación

Con anterioridad a la regulación vigente, –contenida en la Orden ECC/2502/2012–, el antiguo SRBE disponía de un plazo máximo de cuatro meses para emitir el informe motivado que resolviera la reclamación o queja interpuesta por el cliente bancario, a contar desde la fecha de su presentación. Así pues, se trataba de un plazo único y común a ambos instrumentos, no así para las consultas, donde el plazo estipulado era mucho más reducido: un mes, a contar también desde la fecha de su presentación.

Ahora, no obstante, se contemplan tres plazos diferentes en función del recurso del que se trate. La razón que avala esta decisión del legislador reside en la propia naturaleza de estos recursos, en la importancia y sobre todo en la complejidad que su resolución conlleva. Precisamente, las reclamaciones implican un análisis y estudio de la posible vulneración e incumplimiento de la normativa sobre transparencia y protección de la clientela así como de los criterios de buenas prácticas y usos financieros, lo que en la práctica supone un conocimiento más profuso de la materia bancaria que se traduce en una investigación más exhaustiva de la documentación relacionada así como de un análisis de la adecuación de las políticas de actuación de la entidad reclamada a las guías de buenas prácticas. Por su parte, las quejas resuelven cuestiones relativas a las demoras, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación deficiente que se observe en el funcionamiento de las entidades financieras supervisadas, sin que ello deba suponer en todo caso la vulneración de la normativa vigente sobre transparencia bancaria o de protección del consumidor, centrándose en la mayoría de los casos en las conductas negligentes o poco diligentes de los propios empleados de las entidades que,

normalmente sin ánimo de pretenderlo, ocasionan un perjuicio al consumidor. Así las cosas, los procedimientos de resolución de estos dos recursos presentan mayor complejidad que el de las consultas, que no constituyen sino una solicitud de información más detallada de interés general sobre los derechos de los propios usuarios de los servicios financieros, tanto en lo que concierne a la normativa sobre transparencia como a los cauces legales para obtener la tutela de sus legítimos derechos e intereses económicos.

Atendiendo a este criterio, el legislador ha mantenido los plazos previstos para las reclamaciones y las consultas –cuatro meses y un mes, respectivamente–, mientras que en el caso de las quejas lo ha reducido a tres meses. Sin embargo, cabe hacer una matización al respecto. Así, cuando la actuación deficiente o la demora objeto de la queja fuera causada por el Servicio de Atención al Cliente o, en su caso, por el Defensor del Cliente, el DCMR deberá emitir su informe en un plazo máximo de un mes y medio.

No obstante, aunque no es lo deseable, es posible que trascurra el plazo estipulado sin que se produzca la emisión del informe preceptivo. Si esto sucede, debe comunicarse 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, “*sin perjuicio de la obligación de concluir el expediente dirigiéndose en todo caso por escrito al reclamante expresando su criterio mediante el informe correspondiente*” (artículo 12.2 *in fine*). De esta expresión se deduce que los plazos no son rígidos, cerrados, sino que pueden ser prorrogados aun cuando expresamente no se contemple esta opción. Al respecto, lo único sobre lo que no cabe duda alguna es sobre la

obligación del DCMR de emitir su pronunciamiento sobre la disputa ante él presentada. Además, esta deducción resulta lógica si tenemos en cuenta que el silencio no debe ser entendido como positivo, pues la no publicación del informe no implicará la aceptación del motivo de la reclamación.

2.6. Procedimiento en el FOS

En este apartado procedemos a identificar y estudiar las características propias del procedimiento seguido por el *Ombudsman* anglosajón⁷⁰⁴, así como el procedimiento que sigue para la resolución de las quejas y reclamaciones planteadas por la clientela bancaria. Debe tenerse en cuenta que, en contraste con la vía judicial, el procedimiento seguido por el *Ombudsman* está desarrollado sobre lo que llama la doctrina y los juristas “*inquisitorial lines*”⁷⁰⁵. Aunque este término tiene su origen en la Inquisición española, simplemente significa que la decisión debe ser el resultado de la investigación llevada a cabo durante la fase de tramitación de la reclamación.

Estos organismos, aunque fueran creados inicialmente en los años 80 y configurados como lo están en la actualidad en los 2000, han sido posteriormente modificados para garantizar la accesibilidad pero, sobre

⁷⁰⁴ ALI, S. F., y DA ROZA, A., “Alternative Dispute Resolution Design in Financial Markets – some more equal than others: Hong Kong’s proposed Financial Dispute Resolution Center in the context of the experience in the United Kingdom, United States, Australia, and Singapore”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 21, núm. 3, 2012, pp. 499-500.

⁷⁰⁵ MERRICKS, W., “The Financial Ombudsman Service: not just an alternative to Court?”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 15, núm. 2, 2007, p. 136.

todo, la agilidad y simplificación del procedimiento. La modificación más reciente se ha llevado a cabo en el FOS(AU), precisamente el 2 de junio de 2014, cuando se puso en funcionamiento un procedimiento más rápido para aquellas disputas relacionadas con el historial del crédito o relativas a productos dentro de la categoría de “Banca y Finanzas” cuya cuantía no exceda de los 10.000\$. Reforma que ha sido completada con una ulterior modificación, de 1 de octubre de 2014, por la cual este procedimiento más sencillo es extensible a las disputas sobre inversiones cuya cuantía no exceda tampoco de los 10.000\$, así como a las controversias relativas a seguros, siempre y cuando se trate de cuestiones generales sobre un aspecto concreto y no requieran de la revisión de una gran variedad de documentos. De estos requisitos objetivos para poder iniciar este ágil procedimiento se deduce que esta celeridad no deviene por la exclusión de algunos trámites, sino por la sencillez de las cuestiones a analizar, pues al limitar las cuantía económicas y la documentación a revisar se facilita la labor de los miembros del FOS(AU), pudiendo resolver el litigio en menor tiempo.

Llama nuestra atención la configuración de este procedimiento, tanto en el FOS(UK) como en el FOS(AU), descentralizado en dos etapas o niveles (*two-tier complaint handling process*). En efecto, la investigación se realiza, en primera instancia, por los denominados en el sistema inglés como *adjudicators*, ayudados por los *assistant casework managers*, recibiendo sus homólogos australianos el nombre de *case managers*, ayudados por los *case workers*. En segundo lugar, en caso de que los clientes manifiesten su disconformidad con la decisión emitida en esta instancia, recurrirán ante el *Ombudsman* quien, una vez revisado el expediente, emitirá la resolución que pondrá fin al procedimiento. Salvo

por la denominación del tercero interviniente, la estructura del procedimiento es bastante similar, debiendo por ello tratar conjuntamente los aspectos procedimentales del FOS(UK)⁷⁰⁶ y del FOS(AU), si bien se identificarán y expondrán las especialidades de cada uno de estos sistemas e igualmente se concretarán sus similitudes y diferencias.

2.6.1. Régimen de competencias

Tanto el FOS(UK) como el FOS(AU) son competentes para conocer de las reclamaciones formuladas por los clientes bancarios contra los proveedores de servicios financieros (FSP) o entidades de crédito. Sin embargo, presentan diferencias que los convierten en sistemas singulares.

Por un lado, las DISP rules distinguen hasta tres títulos competenciales del FOS(UK), *Compulsory Jurisdiction*, la *Consumer Credit Jurisdiction* y la *Voluntary Jurisdiction*. La primera concierne a las disputas relativas a las actividades reguladas, sistemas de pago y otras entidades de dinero electrónico. La segunda alude a las reclamaciones contra algunas compañías de crédito, distintas a las entidades bancarias. La tercera, por su parte, refiere de las disputas con otras entidades adheridas a este esquema EDR, pues recordemos que su utilización no quedaba restringida a las entidades de crédito, pudiendo solicitar su incorporación cualquier entidad que ofrezca servicios financieros al

⁷⁰⁶ Para un estudio completo de este procedimiento, véanse, por todos, MORRIS, S. y MCHAFFIE, A., “Handling Complaints & Dealing with FOS”, *RegZone*, noviembre 2011; GILAD, S., “Accountability or Expectations Management?”, *Law&Policy*, vol. 30, núm. 2, 2008, pp. 227-253 y YOKOI-ARAI, M., “A comparative analysis of the financial ombudsman systems in the UK and Japan”, *Journal of International Banking Regulation*, vol. 5, núm. 4, 2004, pp. 333-344.

público. Así las cosas, nos centraremos en la *Compulsory Jurisdiction* por cuanto es la que atiende y tramita las reclamaciones y quejas de los consumidores contra cualquier actividad realizada por las entidades de crédito⁷⁰⁷, entendidas en los mismos términos que en los otros dos ordenamientos analizados.

Por otro lado, la Sección 5 del TOR enumera las reclamaciones que, por razón de la materia, quedan al margen de la competencia del FOS(AU). Entre otras, destacamos las siguientes exclusiones referidas al ámbito estrictamente bancario:

- Reclamaciones sobre el cumplimiento por el FSP de las obligaciones de confidencialidad y protección de datos, salvo que sea parte de una reclamación en la que se aborden varias cuestiones o sea consecuencia de una provisión de crédito o cobro de una deuda.
- Reclamaciones relativas a los importes exigidos en concepto de tasas, primas, cargos e intereses. Se exceptúan aquellas que sean consecuencia de una aplicación incorrecta de las estipuladas en el contrato o del incumplimiento de un deber u obligación legal de la entidad de crédito.

⁷⁰⁷ Así se infiere de la relación de actividades que quedan bajo su competencia en virtud de la DISP rule 2.3.1R: “*The Ombudsman can consider a complaint under the Compulsory Jurisdiction if it relates to an act or omission by a firm in carrying on one or more of the following activities: (1) regulated activities (other than auction regulation bidding); (1A) payment services; (2) consumer credit activities; (3) lending money secured by a charge on land; (4) lending money (excluding restricted credit where that is not a consumer credit activity); (5) paying money by a plastic card (excluding a store card where that is not a consumer credit activity); (6) providing ancillary banking services; or any ancillary activities, including advice, carried on by the firm in connection with them?*”.

- Reclamaciones referidas a la evaluación de riesgos de la concesión de un crédito o de un préstamo, siempre y cuando no se alegue la mala gestión en la concesión y administración de los préstamos o la variación de las condiciones de un préstamo en caso de que el cliente reclamante estuviera atravesando por una situación de dificultad económica.

También escapan de su ámbito competencial aquellas disputas que hubieran sido planteadas ante otro sistema EDR aprobado por la ASIC o, incluso, hubieran sido resueltas con anterioridad por el mismo FOS(AU).

Asimismo, se establece una exclusión por razón de la cuantía. Precisamente, aquellas reclamaciones cuya cuantía exceda de \$500.000 no serán tramitadas por el FOS(AU)⁷⁰⁸. En el ámbito competencial del FOS(UK), si bien no se especifican los tipos de reclamaciones que quedarían excluidas –al vincularse a la legitimidad del cliente–, se fija un límite económico para la compensación de £150.000⁷⁰⁹, que entendemos excluye aquellas reclamaciones que excedan dicho importe.

Finalmente, en la práctica, es posible que una reclamación refiera de varios aspectos controvertidos, pudiendo el FOS –tanto inglés⁷¹⁰ como australiano⁷¹¹– declararse incompetente para conocer alguno de ellos. En estos casos, el FOS solamente analizará y emitirá un pronunciamiento sobre aquellos aspectos en los que efectivamente sea competente. A tal efecto, emitirá su decisión –denominada en el sistema australiano

⁷⁰⁸ Sección 5.1.o) TOR.

⁷⁰⁹ DISP rule 3.7.4R.

⁷¹⁰ DISP rules 3.2.5R y 3.2.6R.

⁷¹¹ Sección 5.3b) TOR.

jurisdictional decision— donde concretará sus límites competenciales respecto del fondo de la reclamación planteada. Esta decisión es firme e irrecurrible. Por ello, con carácter previo se notifica a las partes la decisión de forma provisional para que éstas formulen las alegaciones pertinentes. Trascurrido el plazo de contestación⁷¹², se entenderá que no se oponen a dicha declaración de falta de competencia.

2.6.2. *Financiación*

A diferencia del sistema español, financiado con fondos públicos y, por tanto, gratuito no solo para el cliente bancario sino también para la entidad de crédito, los sistemas anglosajones están financiados por las propias entidades de crédito. A tal efecto, han elaborado un modelo de financiación basado en la imposición de tasas y cuotas a las entidades reclamadas. No obstante, no siguen el mismo patrón, esto es, difieren en la estructura y funcionamiento de tales esquemas, debiendo exponerlos de forma individualizada.

Esta financiación privada, en concreto, por una de las partes del conflicto, precisamente la parte fuerte, es uno de los aspectos más controvertidos del procedimiento. En efecto, esta forma de financiación perjudica la percepción de la clientela sobre la independencia y, sobre todo, la imparcialidad, de la institución del *Ombudsman* con respecto a las entidades de crédito. Así pues, una parte de los consumidores en general y de los clientes en particular considera que esta institución es, en el fondo,

⁷¹² En el Sistema inglés no se especifica ningún plazo, aunque en la práctica no suele superar las dos semanas, mientras que en el sistema australiano este plazo se ha fijado en un mes, a contar desde la recepción del aviso.

un instrumento al servicio de las entidades de crédito, dado que son ellas las que sufragan sus honorarios. En este sentido, interpretan que, salvo errores visibles o actuaciones que hayan ocasionado graves perjuicios, darán la razón a la entidad o, incluso en aquellos supuestos en los que la decisión sea favorable al cliente, las medidas adoptadas no serán de importancia para la entidad.

Sin embargo, la otra cara de la moneda viene representada por las entidades de crédito, quienes consideran estas tasas y cuotas como una sanción. Precisamente, el esquema de financiación supone que, estimada la competencia para su tramitación por esta institución, la entidad debe proceder al pago de la tasa estipulada, con absoluta independencia del sentido favorable o desfavorable de las decisiones dictadas por el FOS. De ahí que el FOS deba emitir una decisión provisional sobre su competencia. Así, emitida y remitida a la entidad la decisión provisional en la que indica que es competente para conocer de la reclamación, la entidad tiene el derecho a formular las alegaciones pertinentes para justificar que la reclamación queda al margen de los lindes competenciales de la institución. Por ejemplo, la reclamación quedaría excluida del ámbito competencial del FOS en caso de que la entidad pueda acreditar que no ha tenido conocimiento de dicha reclamación o que ha transcurrido el plazo para interponer la reclamación ante el FOS. Si se confirmara la falta de competencia del FOS, éste procederá a informar al cliente de la imposibilidad de tramitar su reclamación, no procediéndose al cargo de ninguna tasa. En caso contrario, aceptada la competencia del FOS, la entidad queda compelida al pago de la tasa o gravamen que corresponda.

Por tanto, aun cuando finalmente se confirme que la actuación de la entidad cumplió con la normativa y buenas prácticas y usos bancarios, el importe sufragado por dicha reclamación no es devuelto.

A nuestro juicio, la imposición de tasas y gravámenes por la presentación de reclamaciones debería convertirse en un incentivo para el cumplimiento, por parte de las entidades de crédito, de las disposiciones legales y reglamentarias, así como para el respeto a las buenas prácticas y usos bancarios, lo que contribuiría a elevar los estándares de protección de los consumidores.

Como se dijo, si bien ambos sistemas han acordado la financiación privada, difieren entre sí en la forma, pues mientras el FOS(UK) ha establecido una cuota fija en función de la materia reclamada, el FOS(AU) se ha decantado por la aplicación de cuotas variables dependiendo de la fase del procedimiento en que se hubiera llegado a un acuerdo.

Por un lado, nótese que el sistema de financiación establecido por el FOS(UK)⁷¹³ se compone de una tasa fija y de una tasa complementaria. Sin embargo, FOS(UK) no empezará a aplicar los cargos hasta la reclamación número 25. En otras palabras, las entidades cuentan con un margen de “reclamaciones gratuitas”, en total, 25, lo que supone que a partir de la reclamación número 26 se comenzarán a aplicar los costes. En los últimos dos años se han experimentado dos modificaciones en la cuantía económica de estas tasas y gravámenes. Así las cosas, con

⁷¹³ Para una información completa sobre el sistema de financiación, véase, FOS, “Charging for our work: modernising our case fee arrangements from 2013. A preliminary consultation paper”, enero de 2012. Documento disponible en la página web del FOS(UK): <http://www.financial-ombudsman.org.uk/news/pdf/Case-fees-feedback-statement.pdf>, consultado el día 14 de octubre de 2014.

anterioridad a abril de 2012 solamente se cargaba una tasa fija de £500. Sin embargo, en abril de ese año se introdujo una tasa complementaria de £350 para las reclamaciones que versaran sobre la venta indebida del PPI, lo que suponía que para estos casos las entidades debían pagar una tasa de £850, mientras que las restantes reclamaciones seguían suponiendo un coste de £500. Finalmente, con la última reforma en abril de 2013 se incrementó la tasa fija de £500 a £550, pero se mantuvo la tasa complementaria en £350. En la práctica supone que todas las reclamaciones –a partir de la 26ª– conllevan un gravamen de £550, mientras que las disputas sobre PPI suponen £900. Estas tasas, que pueden llegar a ser muy elevadas –piénsese en el número de reclamaciones y en la tasa individual– no deben ser sufragadas hasta que se decreta el cierre del expediente de reclamación. Por ello, las entidades de crédito deben “separar” la suma de dinero correspondiente a tales tasas –en forma de *accrual*– con el objetivo de garantizar la disponibilidad y solvencia de la entidad para efectuar el pago llegado el momento.

Por otro lado, en el régimen australiano, las entidades de crédito, solamente por adherirse a este sistema EDR, deben sufragar una tasa de \$495 (incluidos los impuestos), que engloba la cuota de solicitud de adhesión de \$220 y un gravamen variable básico, que varía según el período de solicitud de incorporación al sistema –entre \$68,75 y \$275–⁷¹⁴. Ahora bien, estos no son los únicos costes a los que debe hacer frente la entidad de crédito para proporcionar a su clientela un procedimiento

⁷¹⁴ Para una información concreta sobre los costes por períodos, véase la página web del FOS(AU), concretamente la Sección relativa a la solicitud de adhesión al sistema: <http://www.fos.org.au/members/apply-for-membership/>, consultado el día 14 de octubre de 2014.

externo de resolución de reclamaciones, pues a tales cifras deben sumárseles otros dos cargos más, correspondientes a la cuota de asociado o usuario (*user charges*) y a las tasas asociadas a cada reclamación. Finalmente, cabe señalar que este modelo de financiación está siendo objeto de revisión con el objetivo de diseñar un modelo más efectivo que pueda implantarse a partir de julio de 2015.

En suma, esta forma de financiación privada cuyos cargos soportan las entidades de crédito puede convertirse en una medida disuasoria de las malas prácticas y, correlativamente, un incentivo para que las entidades ajusten sus políticas a la normativa sobre transparencia y protección de los consumidores. No consideramos, sin embargo, que la elección de esta fuente de financiación atente contra los principios de independencia e imparcialidad requeridos para la figura del *Ombudsman* y, por extensión, al resto de miembros del FOS.

2.6.3. *FOS(UK): One-stage complaint-handling process*

En julio de 2012 se produjo una de las modificaciones procedimentales más importantes que supuso la agilización del procedimiento de resolución de reclamaciones. En efecto, se derogó el sistema vigente hasta el momento, denominado “*two-stage complaint-handling process*”⁷¹⁵, para pasar al “*one-stage complaint-handling*

⁷¹⁵ Sobre este modelo procedimental, véase, JAMES, R., “The new dispute resolution system in the U.K. financial services industry”, *Journal of International Financial Markets*, vol. 4, núm. 6, pp. 191-199.

process”⁷¹⁶. Básicamente se eliminó la posibilidad de interponer un recurso de revisión en el marco del Servicio de Atención al Cliente, siendo su primera respuesta considerada su decisión final.

Con el sistema anterior, sin embargo, la entidad remitía al cliente su decisión quien, en caso de disconformidad, podía solicitar su revisión, a cargo del mismo órgano que había conocido en primera instancia. De esta forma, las entidades, por regla general, solamente realizaban una investigación completa de la reclamación cuando ésta había escalado a la segunda instancia, pues se trataba entonces de evitar que fuera dirigida posteriormente al FOS(UK). La consecuencia directa de esta modificación fue la simplificación del procedimiento, siendo posible obtener una resolución en menor tiempo. No obstante, la imposibilidad de las entidades de revisar sus propios pronunciamientos ha supuesto, en la práctica, el incremento de las reclamaciones que se formulan ante el FOS(UK) y, a su vez, el aumento notable de las tasas económicas asociadas a esta “escalada” de la reclamación que deben ser sufragadas por las entidades de crédito en concepto de honorarios o cuotas del FOS(UK).

2.6.4. *FOS(AU): «Collaborative approach»*

De sobra es sabido que los sistemas anglosajones son proclives a la resolución de los conflictos por vías alternativas a la judicial⁷¹⁷, pues

⁷¹⁶ Sobre este procedimiento, véase, CHARTER UK, “An Industry White Paper: New FSA ‘one-stage’ complaint-handling process will require special attention from nominated Heads of Complaints”, Septiembre 2011.

recordemos fueron los impulsores de las técnicas ADR. Esta filosofía ha influido en la planificación de este procedimiento extrajudicial, pues con carácter previo a la investigación que deben realizar los *case managers* –pero comprobada la competencia del FOS(AU) para conocer de la materia controvertida–, se ha previsto la posibilidad de que la disputa sea resuelta mediante la utilización de alguna técnica autocompositiva, en concreto, mediante negociación o conciliación. Así pues, el enfoque basado en la colaboración informal de las partes es la pieza esencial del desarrollo de esta fase preprocesal.

En primer lugar, se ofrece la posibilidad de resolver el conflicto de mutuo acuerdo⁷¹⁸. A tal efecto, el FOS(AU) remite a la entidad las copias de la documentación aportada por el cliente reclamante, otorgándole un plazo de 28 días naturales para que contacte con el interesado y se llegue a un consenso satisfactorio para ambos. Se trata, ésta, de una nueva oportunidad para la entidad de solucionar el litigio en términos muy similares al procedimiento seguido en su sistema IDR. Con ello se lograría que la controversia, aun cuando hubiera sido formulada ante el FOS(AU), no trascendiera de los límites competenciales de la entidad de crédito convirtiéndose, además, en una especie de procedimiento de revisión realizado por el Servicio de Atención de la entidad de crédito. En caso de llegar a un acuerdo, se decretaría el archivo del expediente, no siendo necesaria la publicación de ningún informe por parte del FOS(AU).

⁷¹⁷ De hecho, en estos modelos jurídicos, las ADR constituyen verdaderamente medios alternativos a la vía judicial, más que complementarios, por cuanto se trata de evitar acudir a la vía judicial.

⁷¹⁸ En las Memorias Anuales se califica esta opción como “*resolved by the SFP*”, pues es la entidad de crédito quien, unilateralmente, contacta de nuevo con el cliente reclamante para lograr el consenso que concluya la disputa.

Ahora bien, es más que probable que la entidad mantenga la decisión que remitió en su momento y que no resultó satisfactoria para el cliente, que la elevó hasta el FOS(AU). En este caso, la entidad dispone del mismo plazo para remitir, tanto al cliente como al FOS(AU), contestación motivada, adjuntando aquella información que considere relevante y que justifique de nuevo su decisión. En consecuencia, es necesario proseguir con el procedimiento establecido.

Así, en segundo lugar, en aquellos supuestos en los que no se haya alcanzado una solución, el FOS(AU) procede a analizar la eficacia que podría resultar del sometimiento de la disputa a conciliación o a mediación. En este sentido, estos medios autocompositivos no han quedado configurados como procedimientos sucesivos, sino alternativos, si bien en ningún caso se indica que son excluyentes, por lo que, si así se estima oportuno en aras de resolver el problema de mutuo acuerdo, las partes podrían acudir, en primer término, a conciliación y, si no se obtuvieran resultados satisfactorios para ambas partes, someter su disputa a negociación.

Por una parte, respecto de la conciliación, nótese que estamos ante una técnica adaptada al funcionamiento y características procedimentales del FOS(AU), pasando a denominarse “*conciliation conference*”⁷¹⁹. Solamente del título del procedimiento ya se deduce que la especialidad de esta conciliación reside en el medio de comunicación empleado para contactar con las partes. Así es, la conciliación se realiza a través de

⁷¹⁹ Para una completa información sobre estas “conciliation conferences”, véase la Guía sobre este procedimiento disponible en la propia página web del FOS(AU): http://www.fos.org.au/custom/files/docs/guide_to_conciliation_conferences.pdf, consultado el día 14 de octubre de 2014.

multiconferencia, incluyendo a un representante de la entidad, normalmente el gerente o director del Servicio de Atención al Cliente; al cliente interesado quien, si así lo decide, podrá estar acompañado por un familiar, amigo o asesor, sobre cuya presencia deberá informar con carácter previo a la celebración de la conferencia y, finalmente, también estará presente un *case manager* del FOS(AU), que actuará como conciliador imparcial e independiente. De esta forma, se eliminan los costes adicionales de desplazamiento a la sede del FOS(AU) –Melbourne– y se facilita la realización de la conciliación, pues la vía telefónica permite mayor flexibilidad y adaptación a los horarios laborales de las partes implicadas.

Será el propio conciliador quien, tras revisar el expediente de reclamación, decidirá sobre la conveniencia de su celebración, comunicándolo a las partes para que concedan su consentimiento, pues recordemos que toda técnica ADR tiene su base en el principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, la celebración de esta conciliación se configurará como trámite previo en aquellos casos en los que la pretensión del cliente sea la renegociación de las condiciones del crédito al acreditar dificultades económicas.

El conciliador mantiene un papel activo durante el desarrollo del procedimiento, siempre respetando los principios de independencia e imparcialidad, no quedando por ello supeditado a los designios de ninguna de las partes. En este sentido, se indica expresamente que el conciliador no podrá decidir sobre el fondo de la controversia ni tampoco ofrecer asesoramiento jurídico a ninguna de las partes, limitándose a informar sobre las alternativas a esta vía de tutela en caso de que no se produzcan resultados satisfactorios. Sin embargo, el conciliador tiene la facultad de

proponer soluciones a las partes quienes, en todo caso, ostentan el poder de decisión.

Finalmente, dado que se trata de una conciliación –realizada por vía telefónica– debe también respetarse el principio de confidencialidad, por lo queda prohibida la grabación de las comunicaciones, así como la plasmación por escrito o cualquier otro medio reproducible de cuanta información haya sido reproducida por las partes. sin embargo, siempre con el consentimiento de las partes, cabe la posibilidad de revelar información relativa a los costes y perjuicios económicos, los acuerdos alcanzados sobre algún aspecto en concreto o algunos hechos, en caso de proseguir el procedimiento por falta de acuerdo.

Por otra parte, la negociación no presenta particularidades más allá de que la posición del tercero independiente e imparcial queda ocupada por un miembro del FOS(AU). Esta técnica autocompositiva presenta una mayor flexibilidad y, por ende, menor formalismo que la conciliación. No obstante, llama nuestra atención la configuración en lo que respecta al ámbito subjetivo de este mecanismo de tutela, por cuanto las partes no negocian directamente entre ellas para alcanzar una solución, sino que están asistidas por tercero independiente. Como se expuso en el Capítulo II, la negociación está concebida sin la participación de un tercero, siendo que la negociación asistida es, en realidad, una mediación. Así pues, no debería emplearse el término negociación cuando lo que se está desarrollando es una mediación donde el tercero se limita a guiar a las partes hacia el consenso pero sin capacidad para proponer soluciones. Con todo, sigue siendo un medio muy efectivo para resolver las disputas y conservar el nivel de confianza del cliente en la entidad de crédito.

De ambas técnicas puede alcanzarse un acuerdo que, como en los demás procedimientos, deberá constar por escrito, remitiéndose copia del mismo a las partes y decretándose, finalmente, el cierre del expediente de reclamación. Por el contrario, en caso de que el consenso no se produzca, proseguirá el procedimiento, debiendo ser conocida la reclamación por el *case manager*. No obstante, de igual forma que se exigía para las técnicas híbridas o cláusulas escalonadas tales como Med-Arb, aquellos *case managers* designados como conciliadores o negociadores deberían abstenerse de conocer de la reclamación en la siguiente fase en aras de salvaguardar la confidencialidad debida e inherente a estas técnicas ADR, así como la independencia e imparcialidad en la toma de decisión. En consecuencia, aun existiendo una laguna legal y reglamentaria sobre este aspecto (esencial) del procedimiento, las buenas prácticas bancarias exigen al FOS(AU) disponer de equipos separados e independientes para su asignación a las distintas fases de este procedimiento, que presenta mayor complejidad que los desarrollados en el sistema inglés y, por supuesto, en el sistema español.

2.6.5. *Primer «stage»: «Adjudicator» vs. «Case managers»*

En el marco de este mecanismo EDR, el primer trámite a realizar es la presentación de la queja o reclamación ante el *adjudicator* o *case manager*, dependiendo del ordenamiento jurídico. Personas que carecen de la autoridad legal exigida al *Ombudsman*.

Es necesario matizar que, en el sistema australiano, será el *case manager* quien decidirá, con base en la información contenida en la reclamación, la conveniencia de acudir previamente a alguna de las

técnicas ADR en el marco del enfoque colaborativo *supra* expuesto. Así las cosas, la reclamación será presentada ante esta sede que, cuando así lo estime oportuno, será remitida a los equipos encargados de realizar la conciliación o la negociación. No alcanzándose ningún acuerdo, el expediente será devuelto al *case manager* para su tramitación y posterior resolución.

Solamente en caso de disconformidad con el pronunciamiento dictado por estos órganos se podrá elevar la reclamación a la segunda instancia, donde será analizada por el *Ombudsman*. Por esta razón, muchos autores califican la técnica seguida en esta primera fase de conciliación guiada o asistida (*guided conciliation*)⁷²⁰ donde estos *adjudicators* o *cases managers*, haciendo uso de sus facultades “inquisitorias”, examinan la documentación presentada y dictan la solución que estiman más “justa y razonable” a las buenas prácticas.

La normativa y buenas prácticas bancarias exigen que los *adjudicators* y los *case managers* reúnan determinados requisitos y características para poder desempeñar tal cargo, pues no debe olvidarse que estamos ante un mecanismo de tutela en cuyo desarrollo deben garantizarse los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

Por ello, deberán poseer conocimientos específicos en el ámbito jurídico y financiero, especialmente sobre la legislación, regulación y contenido de los productos y servicios bancarios. Asimismo, en muchos

⁷²⁰ SCHWARCZ, D., “Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict”, *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, pp. 772-773.

casos se requiere de experiencia laboral previa en el sector, para garantizar el conocimiento de las prácticas y usos financieros. No obstante, en aras de lograr una mayor especialización, que favorecería la agilización del procedimiento, su actividad queda constreñida a una rama concreta de productos o a una variedad en caso de que compartan características que hagan que puedan quedar englobados dentro de una misma categoría. Con ello no solo se lograría una mayor celeridad en la emisión de la resolución, sino también se posibilitaría una atención más personalizada, contribuyendo a mantener el nivel de confianza de los clientes en la eficacia del servicio.

i. Presentación de la reclamación

Este trámite se caracteriza por la flexibilidad en las vías de reclamación. Así es, aunque se debe cumplir con el principio de escritura, los consumidores pueden interponer dicha reclamación tanto por escrito como por vía telefónica, siendo, en este último caso, los miembros del *frontline* o *Customer Contact Division* los que deberán cumplimentar el formulario, siguiendo las mismas pautas que en los *call-centers* de los sistemas IDR anglosajones.

Con el propósito de facilitar la identificación de los datos relevantes que deben ser aportados para la investigación del suceso, también en esta fase se han elaborado y puesto a disposición del público una serie de formularios. Hablamos en plural porque el FOS ha estimado la conveniencia de redactar una plantilla de reclamación genérica, con independencia de la categoría en la que se considere incluido el producto, así como otras específicas, más detalladas, para determinados tipos de

productos, bien por su especificidad como los contratos de préstamo hipotecario, bien por su complejidad como los PPI. No obstante, el contenido mínimo común a todos es el que sigue:

- *Personal details (or person complaining on his/her behalf)*: Datos identificativos del reclamante y, en su caso, del representante. Deben incluirse el nombre y apellidos y el domicilio a efectos de notificaciones. En caso de tratarse de personas jurídicas, debe incluirse la denominación social en caso de personas jurídicas, el número de socios del grupo, el número de empleados y el importe de beneficios anuales.
- *Details of the business responsible*: Identificación de la entidad que ha causado el perjuicio.
- *Product customer is complaining about*: el producto o servicio objeto de controversia.
- *Complaint*: Explicación del motivo de la reclamación. En caso de que el espacio habilitado no fuera suficiente, el cliente podrá adjuntar otra hoja ampliando la descripción de los hechos y circunstancias, así como exponiendo sus argumentos.
- *Time limits*: Detalle de la fecha en la que se produjo el perjuicio o, en su caso, de la fecha en la que tuvo conocimiento del mismo.
- *Questions: 1. Business final written response.- 2. Court action relating the complaint*: Estas preguntas sirven, en primer lugar, para confirmar si efectivamente se ha realizado el trámite previo de presentación de la reclamación ante el sistema IDR correspondiente y, en segundo lugar, para descartar la competencia

de otros órganos administrativos, judiciales o arbitrales que pudieran estar conociendo de dicha reclamación.

- *Pretension*: Debe especificarse el *petitum*. Normalmente se tratará de una cuantía económica para resarcir los perjuicios causados.
- *Accessibility or practical needs*: El cliente debe especificar si requiere de algún tipo de asistencia como el envío del formulario en *braille*, con una letra de mayor tamaño, etc., con la finalidad de contribuir a la accesibilidad del procedimiento a todos los clientes bancarios interesados.
- *Attachment*: Se trata de la especificación de los documentos que necesariamente deben adjuntarse a la reclamación. Concretamente, debe aportarse la copia de la decisión del Servicio de Atención al Cliente (*copy of the business' last letter to the customer*) y copias de la información del producto y de las posiciones donde se acredite el perjuicio sufrido
- *Signature and date*: El cliente deberá indicar la fecha de cumplimentación del formulario así como firmarlo. Con la firma el cliente hace constar que ha leído, comprendido y aceptado las instrucciones del procedimiento –contenidas en el documento–, así como certifica la veracidad de la información, al menos la personal, detallada en el formulario.

Este formulario, si bien es conciso, recoge las preguntas clave a través de las que se obtiene la información relevante del caso. Debe adjuntarse al mismo cuantos documentos verifiquen y acrediten los hechos y alegaciones aducidas, así como cualesquiera otros que puedan resultar necesarios para resolver la reclamación.

Del contenido del formulario llama nuestra atención el requerimiento de especificar las pretensiones de la reclamación, que en la práctica pueden variar desde una disculpa formal por parte de la entidad a la tradicional compensación económica por los perjuicios ocasionados. Igualmente destaca la mención expresa del cumplimiento del trámite previo de presentación de la reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente a través de la cuestión donde se plantea la efectiva recepción de la decisión dictada por esta instancia y, en caso negativo, la especificación de la fecha en que se formuló la reclamación, con el fin de acreditar el transcurso del plazo estipulado –ocho semanas en el sistema inglés y 45 días en el régimen australiano–. La otra pregunta formulada facilita el análisis de la competencia del FOS para entrar a conocer del fondo de la disputa.

Así las cosas, acreditados ambos requisitos y, por ende, la competencia del FOS, así como admitida la reclamación, se procede a su tramitación.

ii. Tramitación

Admitida a tramitación la reclamación, el *adjudicator* o el *case manager* remitirá la reclamación y la documentación adjunta a la entidad de crédito, en concreto al Servicio de Atención al Cliente que conoció de la misma en primera instancia, concediéndole un plazo no superior a dos semanas para formular las alegaciones pertinentes- este plazo se computa desde la fecha de interposición de la reclamación, con independencia de la fecha de recepción de la notificación, por lo que, realmente, las entidades cuentan con menor tiempo, empero, se ha previsto la posibilidad de

conceder una prórroga, de igual duración. Entendemos que este especial cómputo no supone un menoscabo al derecho de defensa de la entidad, pues al haber actuado como órgano de primera instancia se presupone la disponibilidad de la información y material documental relacionado con el expediente de reclamación.

Durante el análisis e investigación del expediente, no existen restricciones respecto del número de contactos que pueden entablarse entre el FOS y cada una de las partes, si bien se presupone que la entidad no puede negociar directamente con el cliente respecto de esta controversia. En este sentido, al margen de la documentación adjuntada al formulario de reclamación, el *adjudicator* y el *case manager* han quedado facultados para solicitar cuanta información o documentación sea necesaria para la realización de una investigación más completa.

Por regla general, además de la decisión del Servicio de Atención al Cliente, se requiere la aportación de las condiciones generales de la contratación –pues recordemos que los contratos bancarios son contratos de adhesión–, el historial del cliente en el que se incluya los productos contratados y las posiciones contables, los folletos informativos sobre las características y riesgos del procedimiento contratado facilitados al cliente y que estuvieran accesibles en el momento de suscribir el contrato y, finalmente, cualquier otra prueba que tanto el FOS como la entidad consideren relevante para la resolución del caso. Al respecto de las vías de solicitud de esta información, la flexibilidad del procedimiento permite que ésta se realice a través de medios telemáticos, normalmente por correo electrónico y, en ocasiones, por vía telefónica. Asimismo, coincidiendo con el ordenamiento español, cabe la posibilidad de que la entidad niegue la posibilidad de revelar al cliente determinada información aportada para

la resolución de la controversia, para lo que deberá indicar que dicha documentación es de carácter confidencial. La razón de esta facultad la encontramos en la sensibilidad de los datos contenidos, pues su revelación pública podría causar mayores perjuicios. Ahora bien, esta potestad no puede ser utilizada de forma fraudulenta, esto es, con el objetivo de minar el derecho de defensa del cliente, sino evitar que se lesionen otros derechos o intereses económicos.

Recibida toda la documentación necesaria, se procede al análisis y estudio de los hechos y alegaciones formulados por cada una de las partes, con el fin de emitir el pronunciamiento correspondiente que satisfaga a ambas partes.

iii. «Provisional view»

Cabe la posibilidad de que el *adjudicator* o el *case manager*, de la primera lectura de la reclamación así como de la documentación justificativa de la misma, considere que el problema principal para alcanzar el consenso que ponga fin a la controversia es la obstinación o negación de alguna de las partes, o de ambas, para aceptar las medidas propuestas por el Servicio de Atención al Cliente. Cuando esto suceda, no se procederá a la emisión de la decisión final directamente, sino que se elaborará una resolución provisional, denominada *initial view* o *provisional view*. Así pues, estamos ante un trámite informal mediante el que se busca acercar posturas, exponiendo los motivos que justifican su criterio y las medidas que deberían ser adoptadas para reestablecer la normalidad en la relación contractual. En ocasiones incluso, simplemente se reafirma la decisión emitida por el Servicio de Atención al Cliente,

empero, es suficiente para que el cliente –o al entidad– cambie de opinión y acepte la propuesta de solución, pues proviene de una instancia independiente y ajena a la entidad bancaria.

El expediente de reclamación finalizará si ambas parte muestran su conformidad con esta decisión informal, de lo contrario, se elevará la reclamación al *Ombudsman* para su resolución definitiva. Sin embargo, es posible que el propio *adjudicator* o el *case manager* consideren que la reclamación requiere de una investigación más profunda y completa, tras lo cual no se emitiría esta decisión provisional, sino una definitiva.

iv. «Final view»

Dependiendo del ordenamiento jurídico que se trate, la decisión final en esta primera instancia recibirá el nombre de *Adjudication* –Reino Unido– o de *Recommendation* –Australia–, que podrá poner fin al procedimiento o, en caso de disconformidad del cliente interesado con ésta, configurarse como el estadio previo a la resolución final e irrecurrible del *Ombudsman*.

Con independencia de su denominación y, por ende, del ordenamiento anglosajón de que se trate, esta decisión final debe cumplir con el principio de escritura, si bien no se exige ningún tipo de formato específico. No obstante, también –como sucedía en el procedimiento español– ha sido objeto de la estandarización en respuesta a los principios de economía y seguridad jurídica. Esta decisión deberá ser notificada a las partes para su conocimiento y posterior aceptación por cualquier medio que permita su reproducción, aunque en la práctica se utiliza el correo

postal, confirmando el envío por vía telefónica si así se considera oportuno.

Igualmente de establecen unos requisitos de fondo que toda decisión final, bien *Adjudication*, bien *Recommendation* deberá reunir para su validez. Por regla general, la *view* se divide en tres secciones o apartados, a saber:

- *The complaint*: se exponen los hechos y circunstancias que fundamentan la reclamación.
- *The Findings / Conclusions*: se identifican y explican los resultados de la investigación que sirven de base para la toma de decisión
- *Next steps / Remedies*: se especifican las medidas compensatorias así como aquella que se refiere a los gestos de buena voluntad.

Finalmente, dado que no estamos ante la última instancia a la que se puede recurrir en el marco de este procedimiento específico, es necesario que se incluya en la decisión, bien como cláusula, bien como documento adjunto, la *deadlock letter*, informando al cliente interesado de su derecho a elevar la queja o reclamación ante el *Ombudsman*, en caso de que no sea favorable a sus pretensiones o, aun siéndolo, no quede satisfecho con las medidas o la compensación acordadas. Asimismo, debe especificar el plazo concreto para presentar alegaciones que justifiquen el desacuerdo con el sentido del pronunciamiento. En la práctica esta *deadlock letter* se inserta como cláusula final en el pronunciamiento. Si bien pueden sufrir alteraciones o diferir en alguna expresión, el contenido genérico de la misma es el que sigue:

“However, if you disagree with how ~I have reached my conclusions, please contact me by DD/MM/YY –telling me your reasons and including any evidence you have not already provided and that you think is important to your case: Please let me know if you plan to reply fully but do not think you will be able to meet that deadline.

As a reminder, you will also have the right to ask the Ombudsman to review the case –as the final stage in our process. But if we do not hear from you by DD/MM/YY, we will take it that you have decided not to pursue the complaint further”.

De esta cláusula se infieren las subsiguientes actuaciones que deben realizar los intervinientes. En primer lugar, en caso de que cualquiera de las partes no esté conforme con el pronunciamiento, debe poner este hecho en conocimiento del *adjudicator* o del *case manager*, dentro del plazo estipulado –en Reino Unido se especifica un plazo de 14 días a contar desde el mismo día de emisión de la decisión mientras en Australia solamente se indica la concesión de un plazo razonable⁷²¹– formulando las alegaciones oportunas así como aportando nuevas pruebas que contribuyan a clarificar el problema, que, en todo caso, deberán ser diferentes a las practicadas en un principio. En caso de que la parte interesada requiriera más tiempo para aportar tales pruebas, queda facultado para solicitar una ampliación e, incluso, una prórroga del plazo. Por el contrario, transcurrido el plazo convenido sin que el FOS haya recibido contestación alguna por parte de cualquiera de las partes interesadas, se interpreta esta inactividad como desistimiento en la prosecución de la reclamación, decretando el archivo del expediente de reclamación y, por tanto, dando por finalizado el procedimiento. En

⁷²¹ Sección 8.6 TOR.

segundo lugar, se concede un plazo de 30 días para manifestar la conformidad con la decisión o, por el contrario, solicitar la remisión del expediente al *Ombudsman*.

2.6.6. Segundo «stage»: *Ombudsman*

Esta fase constituye la etapa final de este procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos bancarios, configurada como un procedimiento de revisión de la *recommendation* o de la *determination* dictada en la fase previa. En consecuencia, el pronunciamiento del *Ombudsman* se erige como la decisión final y definitiva de este procedimiento, no siendo, al igual que en el caso de los informes emitidos por el DCMR, objeto de recurso.

Respecto de las cuestiones procedimentales, nótese que se siguen las mismas pautas de recopilación de la información relevante y posterior análisis que en la etapa previa. De hecho, se infiere la aplicación del principio de unidad de procedimiento, dado que ninguna de las normativas trata de forma separada los procedimientos de tramitación en ambas fases; por el contrario, se alude a la institución del FOS o del *Ombudsman* en términos abstractos pero diferenciando la elaboración de los dos tipos de resoluciones.

No obstante, presenta ciertas particularidades relativas a la potestad de decretar la celebración de audiencias orales y a los requisitos de fondo de la decisión final.

i. Celebración de «hearings»

Como regla general y, a diferencia de la vía judicial, el *Ombudsman* no tiene obligación de convocar a las partes a una audiencia, siendo que todos los trámites se realizan por escrito. Sin embargo, la DISP rule 3.5.5.R⁷²² contempla la posibilidad de celebrar estas audiencias o “*hearings*” cuando se aprecie como una oportunidad para resolver la disputa. En la práctica, estas audiencias se realizarán cuando de las pruebas documentales y demás material e información proporcionados por las partes no pueda dictarse una decisión que cumpla con la exigencia de ser “justa y razonable”.

Se trata de un trámite que puede ser iniciado tanto de oficio como a instancia de parte. Por un lado, el *Ombudsman* deberá justificar los motivos por los que considera necesario convocar dicha audiencia. Por otro lado, las partes deberán remitir una solicitud al *Ombudsman* en tal sentido, explicando las razones y circunstancias que justificarían la celebración de una audiencia, recayendo la decisión final en la persona del *Ombudsman* que, en caso de rechazarla, deberá motivar el sentido de su decisión. Sin embargo, en el caso en que se estime oportuna su realización, ésta se llevará a cabo por el medio que el *Ombudsman* considere adecuada dadas las circunstancias concretas del caso, incluyendo por vía telefónica, si bien normalmente requerirán la personación de ambas partes en la sede del FOS.

⁷²² DISP rule 3.5.5 R: “*If the Ombudsman considers that the complaint can be fairly determined without convening a hearing, he will determine the complaint. If not, he will invite the parties to take part in a hearing. A hearing may be held by any means which the Ombudsman considers appropriate in the circumstances, including by telephone. No hearing will be held after the Ombudsman has determined the complaint*”.

A tal fin, se han fijado dos momentos procesales en los cuales puede celebrarse esta audiencia. En primer lugar, en un momento posterior a la emisión de la decisión o recomendación por parte del *adjudicator* y, en segundo lugar, antes de la emisión del dictamen por el *Ombudsman*. Por tanto, queda claro que este tipo de trámite solamente puede tener lugar en el último estadio del procedimiento.

Respecto al procedimiento seguido en la audiencia, cabe señalar que no presenta complejidad alguna, pues básicamente consiste en la exposición de los hechos y circunstancias por cada una de las partes, garantizándose el principio de contradicción, y en la investigación *in situ* de cuantas cuestiones y aspectos sean necesarios para clarificar los hechos que originaron la disputa. En ningún caso las partes deben servirse de este trámite como vía de enfrentamiento, sino como un medio más para resolver satisfactoriamente la controversia. Tras la celebración de la audiencia, el *Ombudsman* revisará de nuevo el expediente de reclamación y emitirá su decisión final.

ii. «Determination»

Analizada toda la información aportada y practicadas las pruebas pertinentes, el *Ombudsman* procede a emitir su decisión final, que será, a todos los efectos, definitiva y firme. Esta resolución, que recibe en ambos ordenamientos la denominación de *Determination*, debe ser elaborada en los mismos términos que la *Recommendation* y la *Adjudication*. Por tanto, deberá contener un resumen del objeto de la disputa, la exposición motivada de las conclusiones derivadas de la investigación y análisis de la documentación y la enumeración de las propuestas de mejora o medidas

correctoras, así como la concreción de la cuantía económica en concepto de compensación o la fórmula para su cálculo.

No obstante, la última cláusula que debe contener esta decisión es la relativa a la confirmación de la misma por el cliente reclamante, indicándose que dispone de 30 días para remitir dicho consentimiento o, en su caso, rechazo, exigiéndose a tal efecto que el documento se remita firmado. Con carácter general, el contenido de esta cláusula es el que sigue:

“ I accept the decision –and understand that it will become legally binding

I reject the decision –and understand that it does not affect any legal rights I may have”

Finalmente, es importante señalar que, en virtud del principio de confidencialidad no es posible revelar ninguna información o documentación que haya sido utilizada durante el desarrollo del procedimiento, empero, por el principio de transparencia, unido a la obligación del FOS de elaborar la Memoria Anual de todas las actividades que haya realizado, conllevan la publicación de algunas decisiones. Sin embargo, se informa a las partes del cambio de los nombres reales por una letra del abecedario aleatoria –normalmente no coincidente con la inicial del nombre o apellido o denominación social– dificultando el reconocimiento del conflicto concreto por el público en general, protegiéndose así la identidad de las partes implicadas.

2.6.7. «Awards by the Ombudsman»

En aquellos casos en los que la reclamación sea favorable al cliente, la *Determination* deberá incluir una compensación o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, denominada *money awards* o *monetary compensation*, respectivamente en el marco del FOS(UK) o del FOS(AU)⁷²³. He aquí una de las grandes y más importantes diferencias respecto del sistema español, ya que se trata de una competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia.

Ahora bien, se han previsto restricciones en la cuantía de estas compensaciones económicas. Así, la máxima compensación que el FOS(UK) puede determinar es de £150.000⁷²⁴. Sin embargo, en caso de que el FOS aprecie perjuicios por un valor superior a las £150.000, la solución pasa por establecer esta cantidad en concepto de compensación y recomendar el pago del importe restante.

Por su parte, el sistema australiano presenta mayores particularidades⁷²⁵. Así pues, aunque sean admisibles las reclamaciones cuya cuantía ascienda hasta los \$500.000, la compensación económica no puede rebasar los \$280.000. Sin embargo, esta regla general cuenta con algunas excepciones. En efecto, cuando la controversia esté relacionada con una correduría de seguros el límite de la compensación es de \$150.000, que desciende a los \$7.500 al mes en caso de tratarse de

⁷²³ ALPERI, C., “Financial Services in the United States and United Kingdom: Comparative Approaches to Securities Regulation and Dispute Resolution”, *International Law & Management Review*, vol. 5, 2008, p. 90.

⁷²⁴ DISP rule 3.7.4R.

⁷²⁵ Schedule 2 TOR.

ingresos por un seguro de vida o a \$3.000 si se trata de una reclamación contra un vehículo de motor no asegurado contra terceros. Por otro lado, si se advierten daños o perjuicios indirectos o consecuentes, el máximo importe que puede conceder el FOS(AU) es de \$3.000, igual que en aquellos casos en los que el cliente no ha experimentado perjuicio económico alguno pero se considera que debe ser indemnizado. No obstante, estas dos últimas compensaciones quedan excluidas de aquellas reclamaciones relativas a una política aseguradora en la que se excluya esta responsabilidad.

Junto con el *money award* o *monetary compensation*, se ha establecido la posibilidad de que el FOS inste a la entidad a modificar o corregir una conducta o política comercial. Es lo que se denomina *direction* en el sistema inglés y *action* en el australiano, determinadas en función de lo que el *Ombudsman* considera justo y apropiado para restaurar la situación anterior y evitar nuevos conflictos por la aplicación de la política afectada.

Finalmente, nótese que, además de los aspectos tenidos en cuenta por el Servicio de Atención –contemplados para el cálculo del D&I–, el FOS debe estudiar la conducta de la entidad en el trato al cliente y en el desarrollo de las negociaciones para la resolución de la disputa. En concreto, analizará si la entidad ha sido comprensiva y favorable al cliente (*sympathetic and positive*), esto es, si ha tenido una actitud proactiva en la resolución de la disputa, ofreciendo propuestas que resultaran satisfactorias en términos económicos para el cliente. Este aspecto es tenido en cuenta especialmente en aquellas controversias que deriven de una situación de insolvencia del cliente o cuando simplemente esté atravesando un bache económico que le dificulte o impida hacer frente a

los pagos de las cuotas de un préstamo, por ejemplo. En estos casos, lo que valora el FOS a la hora de determinar la necesidad de compensar económicamente al cliente, o de modificar la política comercial o de actuación de la entidad, es el contenido de las negociaciones. Por ejemplo, el FOS considerará que la entidad ha cumplido con estos requisitos cuando hubiera ofrecido al cliente unas nuevas condiciones de refinanciación o incluso un plazo de carencia para el pago de los intereses. Así las cosas, cuando el FOS aprecie la predisposición de la entidad para resolver el problema de forma satisfactoria para el cliente, bien no acordará ninguna compensación, bien la cuantía estipulada será inferior. Ahora bien, en ocasiones el FOS ha desestimado la pretensión del cliente motivado por la actuación ajustada a las buenas prácticas de la entidad pero, sin embargo, ha determinado una compensación al no apreciar esta actitud proactiva, siendo ésta una indemnización de carácter simbólico, la denominada *good will gesture*. Y viceversa, puede suceder que el FOS halague el comportamiento y la actitud de la entidad bancaria con respecto a las exigencias y peticiones del consumidor aun siendo la decisión favorable al cliente.

2.6.8. Plazo de emisión de la decisión

La regulación del plazo de emisión de la decisión final por el FOS constituye una de las diferencias procedimentales más importantes entre el ordenamiento español y el anglosajón. En efecto, mientras el ordenamiento español contempla hasta tres plazos distintos en función del tipo de recurso interpuesto –reclamación, queja o consulta–, encontramos una laguna legal en los ordenamientos anglosajones aquí analizados. La

inconcreción de los plazos para ser dictadas las decisiones, tanto en el primer *stage* como en el segundo, atenta contra la seguridad jurídica, así como contra el principio de eficacia. En este sentido, los clientes reclamantes quedan desamparados en espera de la resolución, sin que tampoco se haya establecido obligación alguna al FOS de informar a las partes sobre la evolución de la tramitación.

No obstante, de las respectivas Memorias Anuales podemos extraer los datos reales del lapso de tiempo empleado para resolver las reclamaciones. Nótese que, mientras el FOS(AU)⁷²⁶ utiliza como índice de medida el día, el FOS(UK)⁷²⁷ emplea el mes, percibiendo a simple vista la mayor duración de los procedimientos en sede del FOS(UK) que del FOS(AU). Precisamente, el FOS(AU) ha resuelto para el periodo 2013-2014⁷²⁸ el 56% de sus reclamaciones en un plazo inferior a los 60 días – dos meses–, siendo el 82% resueltas antes de los 180 días –seis meses– mientras que el FOS(UK) ha tardado seis meses en resolver el 58% de reclamaciones, necesitando incluso un plazo de hasta dos años para tramitar las reclamaciones relativas a PPI. Han sido las disputas sobre este producto las que han causado la obstrucción de este procedimiento, pues presentan mayor complejidad de análisis y de obtención de la documentación necesaria para la comprobación de si efectivamente el

⁷²⁶ FOS(AU), “Annual Review 2013-2014”, p. 47. Documento disponible en: <http://www.fos.org.au/publications/annual-review/>, consultado el día 15 de octubre de 2014.

⁷²⁷ FOS(UK), “Annual Review 2012-2013”, p. 82. Documento disponible en: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ar13/ar13.pdf>, consultado el día 15 de octubre de 2014.

⁷²⁸ Los datos son calculados sobre el número de reclamaciones recibido entre el 1 de julio de 2013 y el 30 de junio de 2014.

cliente adquirió el PPI sin haber sido debidamente informado de sus características y riesgos, lo que ha supuesto la adjudicación de más recursos humanos y materiales para la tramitación de los expedientes, en detrimento del resto.

De estas cifras se infiere la mayor efectividad del procedimiento en sede del FOS(AU), pues la inmensa mayoría de los consumidores obtienen una respuesta en menos de tres meses, al contrario que el FOS(UK), en donde menos de un tercio de las reclamaciones son resueltas en el mismo período. El colapso sufrido por el FOS(UK) como consecuencia del notable incremento de los casos de PPI ha quedado patente en la evolución (negativa) del tiempo empleado para la gestión y tramitación de las reclamaciones, pues los porcentajes de resoluciones emitidas en los plazos inferiores –hasta los seis meses– han sufrido un notable descenso desde el período 2011-2012, pues del 70% de casos resueltos se han resuelto en 2013-2014 solamente el 58%, empero, si eliminamos de los cálculos los casos de PPI observamos que la evolución es la inversa, esto es, positiva, habiéndose resuelto en este último período el 73% de los casos.

A nuestro entender, los legisladores anglosajones deberían establecer unos plazos fijos e inamovibles para la resolución de las reclamaciones de igual forma que han sido establecidos para los sistemas IDR. Lo contrario supone un detrimento de la seguridad jurídica y, por ende, del nivel de confianza de los consumidores en este medio de tutela que, en principio, debería ser eficiente. Asimismo, ambos sistemas deberían ser capaces de resolver las reclamaciones en el menor tiempo posible, debiendo establecerse un plazo de tres meses. De esta manera se lograría una mayor homogeneidad entre ambos procedimientos, pudiéndose, si así lo estimara conveniente por concurrir circunstancias

excepcionales, conceder una prórroga que no debería extenderse, en ningún caso, más allá de los seis meses.

3. Naturaleza jurídica de la decisión final: ¿fuerza vinculante?

Como se dijo, la emisión de los pronunciamientos por los correspondientes tramitadores o por los *Ombudsman* constituye la vía normal de terminación del procedimiento, siendo la delimitación de la naturaleza jurídica de las resoluciones de los distintos *Ombudsman* una de las cuestiones procedimentales más importantes, dado que de ella dependerá, en gran medida, la eficacia del procedimiento e, incluso, la percepción que sobre el mismo adquieran los consumidores de servicios financieros.

3.1. Sistema jurídico español: carácter de recomendación

La propia Orden ECC/2502/2012 señala que se trata de un informe carente de fuerza vinculante y, por tanto, de fuerza ejecutiva, pues recuérdese que estamos ante un órgano administrativo que carece de *imperium*, de poder ejecutivo. En este sentido, se afirma que el DCMR es un órgano administrativo por cuanto se trata de un departamento independiente pero estructuralmente ligado al Banco de España que, en todo caso, tiene la consideración de entidad pública. Ahora bien, de acuerdo con lo estipulado en la citada Orden, el informe emitido en relación con una queja o reclamación no puede ser considerado acto administrativo recurrible. Al respecto, nótese que debe entenderse por acto administrativo aquella “declaración de voluntad, de juicio, de

conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de su potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁷²⁹. En consecuencia, aun cuando el informe emitido por el DCMR pudiera ser englobado en este concepto de acto administrativo, esta posibilidad ha quedado excluida *de facto* por el legislador, cuya intención creemos ha sido la de acotar el procedimiento, imposibilitando a las partes eternizarlo mediante la interposición de recursos con el objeto de revisar el fondo de la controversia. Así pues, en el marco de este procedimiento *sui generis*, distinto de la vía judicial o arbitral, las decisiones o informes emanados del DCMR se configuran como instrumentos meramente informativos, adquiriendo valor de recomendación.

Así las cosas, este carácter de mera recomendación y, por tanto, de la falta de obligatoriedad en su cumplimiento, lleva a cuestionarnos la verdadera eficacia de este procedimiento. Piénsese, por ejemplo, que obtenemos un informe final que señala que la entidad bancaria ha incumplido una obligación contractual o incluso ha vulnerado la normativa sobre transparencia y protección del consumidor y, además, la entidad hubiera rechazado los presupuestos y criterios manifestados en el mismo. En este caso, a los clientes reclamantes no les queda más remedio que instar la apertura de un procedimiento judicial o arbitral⁷³⁰ para obtener la efectiva tutela de sus derechos e intereses lesionados. Esta realidad refleja la imperiosa necesidad de modificar la naturaleza jurídica

⁷²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2000, p. 540.

⁷³⁰ MARIMÓN DURÁ, R., “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, p. 246 y WARE, S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, *op. cit.*, p. 7.

de las decisiones emitidas por el DCMR, de forma que sus informes finales pasaran a convertirse en decisiones vinculantes para las entidades de crédito cuando fueran favorables a los consumidores y éstos manifestaran su conformidad. Esta modificación en la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del *Ombudsman* supondría una mayor semejanza de nuestro sistema jurídico al anglosajón pero, sobre todo, creemos redundaría en un incremento de la seguridad jurídica así como en una mayor credibilidad del servicio, mejorándose, a su vez, la percepción de los usuarios de servicios financieros sobre el mismo. Asimismo, nos cuestionamos la factibilidad de la vinculación de los informes favorables a las entidades de crédito y, por ende, contrarios al *petitum* del cliente reclamante. Al respecto, consideramos lógico dotar de fuerza vinculante todos los informes dictados por el DCMR con independencia del sentido del pronunciamiento. Sin embargo, el trasfondo de estos procedimientos, como medios de tutela de los derechos e intereses económicos de los consumidores, consiste en el restablecimiento del equilibrio entre las partes del contrato, evitando así los abusos de las entidades de crédito. Así las cosas, descartamos la posibilidad de otorgar carácter vinculante a los informes favorables a la entidad, pues lo contrario supondría obligar al cliente a aceptar un acuerdo no satisfactorio para sus pretensiones así como excluir otras vías de tutela como la judicial o la arbitral.

Ahora bien, los informes favorables al reclamante se mantienen pendientes de archivo durante el plazo de un mes, a fin de verificar si la entidad ha rectificado su actuación. Así es, pese a no ser vinculantes, las entidades deberán comunicar expresamente, en el plazo de un mes desde la notificación del informe, la aceptación o no de los presupuestos y criterios manifestados en el mismo. En caso de conformidad y de haber

rectificado la situación con el reclamante, deberá aportar la justificación documental que lo acredite (artículo 14.1 de la Orden ECC/2502/2012). De lo contrario, en caso de que la entidad no comunique su posicionamiento respecto del contenido del informe, se entenderá este silencio como negativo, decretándose el archivo sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otro orden en que haya podido incurrir la entidad y por las que pueda ser sancionada por el Banco de España como entidad supervisora. Pero ello supone dejar al cliente desprovisto de cualquier acción durante ese período, no pudiendo tampoco acudir a otra vía de resolución hasta que la entidad no se pronuncie sobre la aceptación de la decisión.

Aunque los informes emitidos por el DCMR sean recomendaciones, algunas entidades de crédito suelen aceptarlos, corrigiendo o modificando sus conductas. Precisamente, de todos los casos presentados ante el DCMR, el 18% requirieron informe de éste, pues en un 22% de los casos tramitados las entidades llegaron a un acuerdo con su cliente antes de la emisión de informe, mientras que el resto quedaban al margen de la competencia del DDCMR, siendo remitidos a los organismos competentes para su conocimiento.

De todos los informes emitidos en 2012⁷³¹, un 39,8% finalizó en sentido favorable al reclamante, considerando que la entidad reclamada se había apartado de la normativa de transparencia o de las buenas prácticas y usos bancarios, mientras razonó que la entidad había actuado

⁷³¹ BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2012”, p. 41. Disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/MSB_2012.pdf, consultado el día 12 de octubre de 2014.

correctamente en el 33,3% de los casos analizados. En el 4,6% restante se emitió informe pero sin pronunciamiento, esto es, sin entrar sobre el fondo de la cuestión planteada por falta de pruebas concluyentes en las que fundamentar la opinión del DCMR o por exceder del ámbito competencial de este órgano. Lo que interesa aquí es conocer el grado de aceptación de tales informes por las entidades de crédito, esto es, en qué medida han admitido la inadecuación de sus políticas y actuaciones a la normativa sobre transparencia y protección de los consumidores o a las buenas prácticas y usos bancarios.

Al respecto, cabe indicar que la razón que fundamenta, en parte, la observancia de estos dictámenes del DCMR por las entidades de crédito reside en la potestad sancionadora del Banco de España. La conducta sancionable no es el incumplimiento de la decisión, sino la vulneración de la normativa de transparencia y protección de los consumidores. En efecto, la propia Ley 44/2002 impone a los Servicios de Reclamaciones el deber de informar a la Autoridad Supervisora –en el ámbito estrictamente bancario, al Banco de España– de aquellos casos en que se aprecien indicios de incumplimientos graves o reiterados de las normas de transparencia y protección a la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros por parte de una misma entidad (artículo 30.1). En los mismos términos se ha pronunciado la Orden ECC/2502/2012 –artículo 14.2–, lo que denota la importancia de este procedimiento como medio de tutela pero, también, como mecanismo de control interno de las conductas de las entidades de crédito.

En consecuencia, la entidad de crédito podrá ser sancionada económicamente, ya que el Banco de España podrá iniciar un expediente sancionador y comprobar si ha incurrido en alguna de las infracciones

contenidas en la LOSS. En concreto, en el marco de este procedimiento es posible que las entidades cometan infracciones muy graves al amparo del artículo 92, letras f) y k), en caso de que sus políticas de actuación sean contrarias a las normas de ordenación y disciplina con rango de ley o a los reglamentos de la Unión Europea, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado o bien incumplan con el deber de veracidad informativa debida al público en general y a sus clientes en particular, así como con el deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos o su utilización para fines diferentes de los previstos en la normativa reguladora de la misma. Asimismo, podrán ser sancionadas en caso de cometer una infracción grave por realizar actos u operaciones prohibidos por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tales actos tengan carácter ocasional o aislado [artículo 93e) de la LOSS].

De las cifras contenidas en las Memorias Anuales del DCMR se comprueba el ínfimo índice de rectificación⁷³², situándose la media en un 18,3%. A nuestro juicio, esta es la causa de la falta de confianza de los clientes de servicios bancarios en este procedimiento de resolución de conflictos, puesto que el cumplimiento de las resoluciones del DCMR por las entidades deviene esencial en términos de eficacia a la hora de

⁷³² El DCMR utiliza dos ratios para analizar el índice de rectificación de las entidades de crédito tras la emisión del informe desfavorable. En primer lugar, se calculan los porcentajes de rectificaciones sobre informes favorables al reclamante y, en segundo lugar, el porcentaje de allanamientos sobre el total de informes. Ambos indicadores permiten averiguar la medida en que las entidades dan la razón al reclamante tras la intervención del DCMR permitiendo, a su vez, discernir los casos en que la rectificación se produce con carácter previo a la emisión del informe –allanamiento– o con posterioridad a esta –rectificación–.

garantizar la aplicación efectiva de la normativa de transparencia y protección del usuario de servicios financieros, así como de las buenas prácticas y usos bancarios, contribuyéndose al aumento de la seguridad jurídica necesaria para el buen desarrollo del mercado bancario y el mantenimiento del equilibrio en las relaciones entre las entidades y sus clientes.

3.2. *Sistemas anglosajones: informe vinculante para la entidad bancaria*

En ambos procedimientos se ha previsto expresamente la naturaleza vinculante de las decisiones dictadas por el FOS. Se trata, ésta, de otra discrepancia respecto del procedimiento gestionado por el DCMR, donde las resoluciones tienen carácter de recomendación. A nuestro juicio, dotar de fuerza vinculante los pronunciamientos emitidos por estos organismos es una garantía de su efectividad.

Ahora bien, dada la división de este procedimiento en dos *stages*, debemos concretar los requisitos que deben cumplirse para que las resoluciones adquieran fuerza vinculante.

Por un lado, debe tenerse en cuenta la falta de autoridad legal del *adjudicator* o del *case manager* siendo, sin embargo, personas habilitadas por el propio *Ombudsman* para la tramitación y resolución de las reclamaciones formuladas por los clientes. En este sentido, la *Adjudication* y la *Recommendation* solo serán vinculantes cuando ambas partes –cliente y entidad de crédito– manifiesten expresamente su conformidad. De ser así, ambas quedarán compelidas al cumplimiento de las obligaciones acordadas, dándose por finalizado el procedimiento. De lo contrario, si

una de las partes, o ambas, rechaza el pronunciamiento o, incluso, solicita dentro del mismo plazo concedido de 30 días, la revisión del expediente por el *Ombudsman*, esta *Adjudication* o *Recommendation* no devendrá vinculante y proseguirá el procedimiento.

Por otro lado, la naturaleza jurídica vinculante de la decisión final dictada por el *Ombudsman* –*Determination*– queda supeditada a la aceptación –en el plazo otorgado de 30 días– por el cliente interesado exclusivamente⁷³³, sin posibilidad de que la entidad pueda pronunciarse al respecto ni tampoco recurrir. No obstante, transcurrido el plazo sin conocimiento del cliente, esta inactividad se interpreta como desistimiento, no siendo por tanto la decisión vinculante para ninguna de las partes y debiéndose decretar el archivo de la reclamación.

Aceptada la resolución, ésta deviene firme y adquiere efectos de cosa juzgada, constituyendo título ejecutivo⁷³⁴. En este sentido, el régimen jurídico de las decisiones del *Ombudsman* se asemeja al de las sentencias emanadas de los Tribunales de Justicia. Sin embargo, dada su naturaleza como título ejecutivo, en caso de incumplimiento por alguna de las partes, normalmente la entidad de crédito, se deberá instar la apertura de un

⁷³³ Así lo establece las normativas de ambos sistemas. Por un lado, la disposición 228(5) de la FSMA 2000 y la DISP rule 3.6.6(3)R en el marco del FOS(UK). Por otro lado, dentro de la organización del FOS(AU), la naturaleza jurídica vinculante de la *Determination* viene establecida en la Sección 8.7b) TOR.

⁷³⁴ En contra de la naturaleza jurídica conferida a la *Determination*, MARSHALL, P. y HELME, N., “The Financial Ombudsman Service and claims against insolvent respondents: a problem exacerbated by *Andrews v SBJ Benefits Consultants?*”, *Journal of International and Financial Law*, vol. 26, núm. 2, 2011, p. 70. Los autores señalan: “The FOS is not a court or arbitral tribunal and an accepted ombudsman’s determination cannot, in our view, constitute an ‘enforceable agreement’ for the purposes of s1(4)(d) of the 2010 Act; the determination is automatically binding on the respondent once accepted by the complainant with no requirement for *consensus*”.

procedimiento de ejecución ante el juez o tribunal competente⁷³⁵ para solicitar la realización de la compensación económica o la aplicación de las directrices dispuestas, pues el *Ombudsman* es una figura que posee *auctoritas* pero carece de *imperium*.

Con todo, consideramos que este sistema anglosajón presenta una estructura, organización y funcionamiento acordes con los principios procedimentales –independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación–, garantizándose la efectividad de las decisiones y, por ende, de la propia institución, así como consolidando la seguridad jurídica necesaria para el restablecimiento de las relaciones entre las entidades de crédito y los consumidores.

4. ¿Posibilidad de revisión del procedimiento por defecto de forma?

Expuesto *supra*, tanto el FOS como el DCMR constituyen la última instancia en el marco de este procedimiento específico de resolución de reclamaciones, no siendo por tanto recurribles sus pronunciamientos al dejar abierta la vía judicial o arbitral, si bien en los sistemas anglosajones constituyen título ejecutivo. No obstante, la cuestión que aquí se plantea no es la naturaleza recurrible del fondo de la decisión, sino la posibilidad de recurrir el propio procedimiento, esto es, la legitimación de los clientes interesados para solicitar la revisión de las actuaciones realizadas por estos

⁷³⁵ Así lo ha establecido la disposición 229.8.b) de la FSMA 2000. Nótese que Reino Unido cuenta con tres sistemas jurídicos distintos –*England and Wales*, *Scotland* y *Northern Ireland*–. Este procedimiento de ejecución deberá instarse ante la *County Court*, la *Sheriff Court* y la *County Court* o *Enforcement of Judgement Office*, respectivamente para cada una de las áreas geográficas.

organismos por entender que ha concurrido algún defecto de forma. En caso de que el *Ombudsman* hubiera vulnerado la normativa que lo regula en el desempeño de sus funciones, así como las disposiciones de protección de los consumidores, sería posible instar la apertura de un proceso judicial por la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como informar a la Autoridad Supervisora para que sancionara dicha conducta negligente.

Sin embargo, llama nuestra atención la vía de reclamación por defecto de forma en el procedimiento que se ha establecido en Reino Unido, en el marco de actuación del propio FOS(UK), manteniendo la filosofía de dotar a los consumidores de medios de tutela extrajurisdiccionales alternativos o complementarios a la vía tradicional (judicial) y específicos para el sector financiero. En concreto, se identifican tres causas objetivas para que los clientes –personas físicas o jurídicas– queden legitimados para iniciar este procedimiento, a saber:

- El trato dispensado por los miembros del FOS(UK) no ha sido el correcto, al considerar el cliente que ha sido tratado con desprecio, brusquedad o injustamente.
- Incumplimiento del deber de información, bien sea porque no se le a proporcionado una información correcta, bien porque ésta ha sido incompleta.
- Retraso indebido en la emisión de la decisión final. Téngase en cuenta que no se ha establecido plazo legal ni reglamentariamente, por lo que este retraso se entiende producido transcurrido el tiempo medio empleado para resolver una queja o reclamación de similares características.

En analogía con el procedimiento de resolución de quejas y reclamaciones contra las entidades de crédito, también se han establecido tres fases o instancias encargadas de revisar las actuaciones llevadas a cabo por el FOS(UK).

En primer lugar, el cliente descontento con el servicio prestado debe poner esta situación en conocimiento del miembro del equipo del FOS(UK) que hubiera tramitado su reclamación o con el jefe de equipo, pues previsiblemente es la persona que ha cometido el error o la conducta ahora controvertida. Sin embargo, aquí no prevalece el principio de escritura, pudiendo el consumidor reclamar también por vía telefónica, siendo la disputa resuelta a través de la misma. De esta forma se facilita una vía rápida para resolver este nuevo problema, distinto al que originó la reclamación contra la entidad de crédito.

No obstante, en caso de que el consumidor continúe insatisfecho con las explicaciones ofrecidas o con la solución propuesta para corregir dicha conducta o recompensar por los daños y perjuicios ocasionados, se prevé, en segundo lugar, la posibilidad de elevar esta reclamación ante un alto directivo, quien deberá emitir su decisión al respecto en el plazo máximo de 20 días laborales. En caso de que esta decisión diera la razón al consumidor, debería hacerse constar que el FOS(UK) asume el trato negligente, el error o la incoherencia en el análisis y elaboración de su decisión sobre la reclamación inicial, incluyendo la disculpa al consumidor junto con una compensación económica por los perjuicios causados y, en su caso, por el daño moral.

Sin embargo, dada la flexibilidad que hemos comprobado caracteriza este tipo de procedimientos extrajurisdiccionales en el

ordenamiento inglés, el transcurso de este plazo no supone incumplimiento de la obligación, pues el alto directivo que estuviera conociendo de esta especie de recurso de revisión puede solicitar una ampliación del mismo, siempre y cuando este retraso esté justificado y así sea aceptado por el cliente reclamante.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que las medidas propuestas por este alto directivo no satisfagan las pretensiones del cliente, por lo que se ha previsto la posibilidad de acudir a una tercera instancia, ésta final, con el objetivo de que revise el procedimiento realizado por el FOS(UK). Así es, se ha previsto la posibilidad de elevar dicha queja hasta el llamado *Independent Assessor* (asesor independiente), aun cuando su designación es competencia del Consejo del FOS(UK). Este asesor independiente deberá, con toda la información provista por el cliente reclamante, analizar de nuevo el procedimiento seguido. De igual forma que en los procedimientos IDR y EDR, también aquí se ha fijado un plazo de caducidad para la interposición de esta especie de recurso de revisión, concretándolo en tres meses desde la notificación de la decisión emitida en segunda instancia.

Este asesor independiente tiene competencia para analizar si la investigación llevada a cabo por el FOS(UK) fue apropiada y, por ende, si se actuó con la diligencia debida para salvaguardar la seguridad jurídica así como procurar ofrecer una tutela eficaz. Sin embargo, carece de competencia para revisar y considerar las decisiones tomadas por el *adjudicator* o por el propio *Ombudsman* relativas al fondo de la controversia, tales como la solicitud de práctica de determinadas pruebas. El término medio para la emisión de la decisión oscila entre las tres semanas y el mes, a contar desde la recepción de la queja sobre el servicio

dispensado. Téngase en cuenta que, dado que se trata de un asesor independiente, actúa de igual modo que el Defensor del Cliente o el *Ombudsman*, debiendo solicitar a la parte reclamada –el FOS– el expediente de reclamación que debe ser revisado, disponiendo para tal envío de dos semanas.

Como cabría esperar, la causa preponderante que da lugar a la apertura de este procedimiento es el retraso indebido en la emisión del dictamen por el *Ombudsman*, pues recuérdese que la media se situaba en torno a los dos años como consecuencia de la laguna legal existente en lo que respecta a los plazos de resolución. Finalmente, cabe señalar que esta decisión tiene naturaleza informativa, a diferencia de la dictada por el FOS, por lo que no cabe recurso contra ella, sin perjuicio de la posibilidad que ostenta la parte de acudir a otras vías de tutela. Ahora bien, si el *Chief Ombudsman* tiene conocimiento del caso y manifiesta su disconformidad con la forma en que éste ha sido resuelto, procederá a informa de esta circunstancia al *Ombudsman Board* (Consejo del FOS) quien, a su vez, dictará una decisión que será objeto de publicación en la Memoria Anual, empero, esta situación es bastante inusual en la práctica.

IV. OTROS MODOS DE TERMINACIÓN

La vía de terminación normal del expediente de la reclamación o queja es la emisión del correspondiente informe motivado. Sin embargo, con independencia de la instancia que esté conociendo del recurso, es decir, tanto en sede del Servicio de Atención al Cliente (o Defensor del Cliente, en su caso) como en sede del *Ombudsman*, encontramos otras dos vías anormales por las que se finaliza este procedimiento: el allanamiento

y el desistimiento, a las que debe sumarse la expiración del plazo concedido para la emisión del pronunciamiento, que procedemos a comentar a continuación.

1. Allanamiento

La finalización del procedimiento se puede producir por el allanamiento de la entidad al *petitum* del cliente, esto es, cuando la entidad de crédito reclamada admite los hechos y alegaciones planteadas en la reclamación y acepta las pretensiones del cliente reclamante, Así pues, el allanamiento consiste en el acto por el cual la entidad reclamada rectifica la conducta controvertida con respecto al cliente y a satisfacción de éste (artículo 14.1 de la Orden ECO/734/2004). Se trata, por tanto, de un acto unilateral de la entidad de crédito, supeditado a la aceptación del cliente, pues cabe el desistimiento expreso por parte de éste. Solo en 2012 se produjeron, en sede del DCMR, 1525 allanamientos, frente a los 1266 del periodo anterior y los 1452 del año 2010, lo que denota que las entidades de crédito, ante la amenaza de recibir una resolución contraria a sus intereses, reconsidera la queja o reclamación formulada, poniendo fin al procedimiento sin necesidad de que el DCMR investigue y tramite el expediente.

Por su parte, los sistemas anglosajones también contemplan la posibilidad de que las entidades y los clientes alcancen un acuerdo sin necesidad de que el FOS emita una resolución. Sin embargo, a efectos de análisis, engloban el archivo de expedientes por allanamiento en la categoría de resoluciones resueltas por la entidad de crédito, en la que se incluyen también aquellas disputas en las que la entidad de crédito ha

negociado directamente con el cliente reclamante la solución, que trataremos posteriormente.

En todo caso, la aceptación por parte del cliente de la rectificación y oferta de la entidad debe ser comunicada a la instancia competente que estuviera conociendo en ese momento de la reclamación –Servicio de Atención al Cliente (o, en su caso, del Defensor del Cliente) o el *Ombudsman*– así como aportar la documentación necesaria para su justificación –el acuerdo por escrito firmado por el cliente, por ejemplo–, para que se produzca el archivo de la queja o reclamación, dándose por concluido el procedimiento sin necesidad de que el *Ombudsman* emita una resolución. Ahora bien, en ninguna de las normativas se contemplan requisitos de forma o de fondo para la finalización del procedimiento más allá de la comunicación y justificación de éste al órgano competente. Por ello, se entiende que el procedimiento goza de una absoluta flexibilidad, pudiendo admitirse tanto un acuerdo verbal como escrito y en la forma que se estime más oportuna, siempre y cuando sea notificado correctamente al órgano defensor que esté conociendo de dicha reclamación.

2. Desistimiento

La segunda vía de terminación anormal de este procedimiento es el desistimiento, que implica que el cliente reclamante, ya no la entidad, cede o desiste en sus pretensiones, procediéndose al archivo de la queja o reclamación sin mayor dilación. Así pues, las Órdenes ECO/734/2004 y ECC/2502/2012 contemplan esta posibilidad, manifestándose a favor del desistimiento en cualquier momento del procedimiento (artículos 14 y 15, respectivamente). En los sistemas anglosajones, sin embargo, no hallamos

referencia a este derecho del cliente interesado. Ahora bien, ello no puede suponer que en la práctica esta posibilidad no esté contemplada pues, en virtud del principio de flexibilidad y de libertad, el cliente debe poder interrumpir o suspender este procedimiento, bien por dar por concluida la reclamación, bien por instar otro procedimiento judicial o arbitral, pues al cliente no puede negársele esta facultad. En este sentido, encontramos una referencia a este derecho del cliente en las Memorias Anuales del FOS(AU), donde se emplea el término “*dispute discontinued*” para aludir a aquellas controversias cuyo análisis y estudio por parte del FOS(AU) ha sido suspendido o interrumpido a voluntad del cliente reclamante, por abandono de la causa o por su decisión de que el asunto sea resuelto por otra vía como la judicial o la arbitral. Asimismo, dentro de esta categoría, se contempla el desistimiento tácito de las pretensiones del cliente en aquellos casos en los que no facilite la documentación necesaria para el análisis y resolución de la disputa.

La realidad práctica demuestra que los consumidores de servicios financieros anglosajones ejercen en mayor medida este derecho de desistimiento que los españoles, bien porque simplemente abandonen el procedimiento, bien porque decidan acudir a otro medio de tutela. Así es, aunque las cifras en términos absolutos no son comparables debido a la diferencia en el número de reclamaciones formuladas, pues recuérdese que el FOS abarca los ámbitos comerciales de banca, seguros e inversión, es posible comparar los porcentajes de los casos resueltos por allanamiento respecto del total de expedientes finalizados. En efecto, en ambos sistemas las cifras de los allanamientos se mantienen prácticamente constantes durante el período 2010-2013, descendiendo del 9% en 2010 al 7% en 2013 en sede del FOS(AU) y aumentando del 0,7% en 2009 al 0,8% en

2012 cuando la reclamación debiera ser conocida por el DCMR. La razón por la que los clientes de entidades australianas optan por renunciar a obtener una resolución del *Ombudsman* entendemos es la inexistencia de una limitación temporal para el cumplimiento de dicha obligación, lo que puede llevar a los clientes interesados a buscar vías alternativas más ágiles.

Finalmente, respecto del sistema español, cabe realizar una matización. Efectivamente, aun cuando el desistimiento del interesado suponga la finalización inmediata del procedimiento, es posible la continuación de este procedimiento a decisión del órgano competente cuando concurren determinadas circunstancias. Por un lado, el Defensor del Cliente –en caso de estar previsto y ser competente– podrá continuar el análisis de la controversia para valorar el cumplimiento de la actuación de la entidad de la normativa de transparencia y protección de la clientela aplicable, así como de las buenas prácticas y usos financieros. Por otro lado, en aquellos casos en los que el objeto de reclamación o queja sea materia de interés general, el DCMR podrá proseguir con el estudio de la misma, así como remitir a la entidad de crédito reclamada las indicaciones y responsabilidades que estime oportunas para la corrección de su conducta y la mejora del servicio prestado.

3. La expiración del plazo de emisión de la decisión

Esta vía de terminación anormal del procedimiento no está contemplada expresamente en ninguna normativa como tal, empero, encontramos referencias, en el marco regulador de los procedimientos IDR, a la posibilidad de que el procedimiento finalice sin resolución

transcurrido el plazo estipulado para ello –dos meses, ocho semanas o cuarenta y cinco días, respectivamente para los sistemas español, inglés y australiano– que nos permiten considerar esta circunstancia como otra vía anormal –e indeseable– de finalizar el procedimiento.

Así pues, aunque no suele ser lo habitual, en ocasiones las entidades no notifican al cliente interesado la decisión sobre la reclamación o queja formulada, pudiendo estos elevar dicho recurso al *Ombudsman* competente. En efecto, el 16% de los casos formulados ante los Servicios de Atención al Cliente de las entidades de crédito de Reino Unido quedan sin resolver en el plazo estipulado. Aunque no es una cifra elevada, más aún si se observa la drástica reducción con respecto al periodo previo (37%), se trata de una conducta que se debe mejorar, pues este incumplimiento muestra la mala gestión de los recursos (humanos) en el tratamiento de las quejas y reclamaciones, lo que refleja la ineficacia del propio procedimiento.

No obstante, lo llamativo de la normativa así como del desarrollo reglamentario de estos organismos, en cualquiera de los sistemas analizados, no es la ausencia de una mención expresa a esta circunstancia, sino la falta de una regulación de un régimen de responsabilidad y sancionador ante el incumplimiento de sus obligaciones como órgano resolutorio. Todo ello genera una gran desconfianza de los clientes en la eficiencia del procedimiento a la par que una gran inseguridad jurídica.

4. Vías especiales de terminación en el sistema australiano: la mediación y la conciliación

La mediación, la conciliación e incluso la valoración inicial (*initial assessment*) son formas de concluir el procedimiento exclusivas del sistema australiano. Como se expuso, en aquellos casos en los que el FOS(AU) considere que un enfoque basado en la colaboración de las partes va a resultar efectivo en la resolución de la controversia decidirá, a tal efecto, el método autocompositivo más apropiado en función de las circunstancias del caso. En este sentido, cuando de tales procedimientos se derive un acuerdo, éste conllevará el cierre del expediente de la reclamación.

Asimismo, cabe la posibilidad de que, en un estado previo al comienzo del análisis de la reclamación por el FOS, aunque formulada la reclamación ante el mismo, la entidad de crédito revise su decisión, emitiendo otra que satisfaga al cliente. Este acuerdo también supone la conclusión del expediente de reclamación.

Ahora bien, no podemos considerar estas vías de resolución como “anormales” en los mismos términos que las anteriores –allanamiento, desistimiento y expiración del plazo–, pues aquí el procedimiento concluye tras alcanzarse un acuerdo plasmado en la resolución, satisfactoria para ambas partes. Sin embargo, la diferencia con la terminación normal o esperada del procedimiento es que en la obtención de dicha resolución no concurre la participación del FOS.

En la práctica resulta notoria la eficacia de estos mecanismos al resolver satisfactoriamente para el cliente interesado más del 70% de las reclamaciones formuladas. Precisamente, en el periodo 2012-2013 se

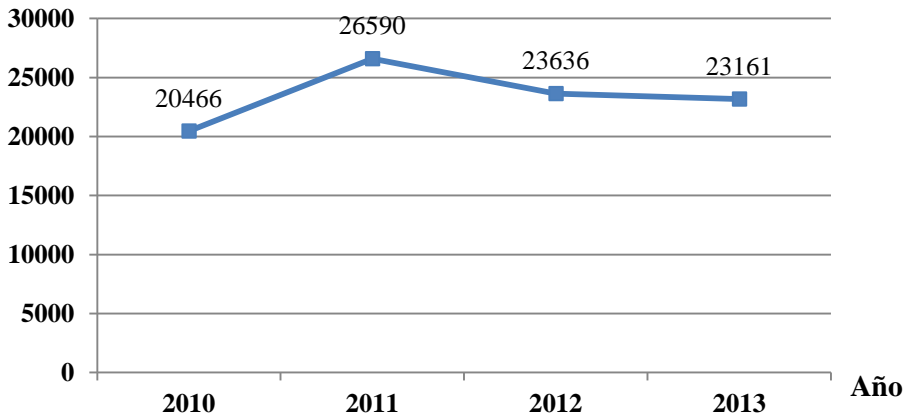
resolvieron el 71% de los casos, mientras que por la vía normal –por resolución del FOS– solo el 9%. La evolución de estas cifras no ha experimentado importantes cambios, manteniéndose prácticamente estables. Se observa que, desde el año 2010, el promedio de casos resueltos por acuerdo entre las partes ha permanecido invariable a excepción del periodo 2011-2012 al registrar una resolución del 74% de los casos formulados ante el FOS(AU).

En concreto, para el período 2012-2013 el 71% de los expedientes de reclamación resueltos lo hicieron a través de estas vías, siendo el 56% mediante acuerdos entre las entidades y los clientes, el 8% a través de la técnica de la negociación, el 3% gracias a la conciliación y el restante 4% por la aceptación del cliente del *assessment*. Merece destacar, sin embargo, la disminución del 10% de casos resueltos por acuerdo entre la entidad y el cliente, así como el incremento de las reclamaciones resueltas por negociación, duplicándose la cifra registrada para el periodo anterior (8% frente al 4% para el período 2011-2012).

A continuación, procedemos a representar gráficamente estas cifras, pues de esta forma se ilustra mejor la evolución de la aceptación de estas vías de resolución de los conflictos con las entidades bancarias una vez agotada la vía interna de resolución. Así pues, en esta primera gráfica se refleja la evolución de las resoluciones a través del acuerdo entre las partes, mediante el ejercicio del derecho de desistimiento o mediante resolución por el FOS(AU).

Gráfica 7: Número de expedientes finalizados con acuerdo

Nº de expedientes

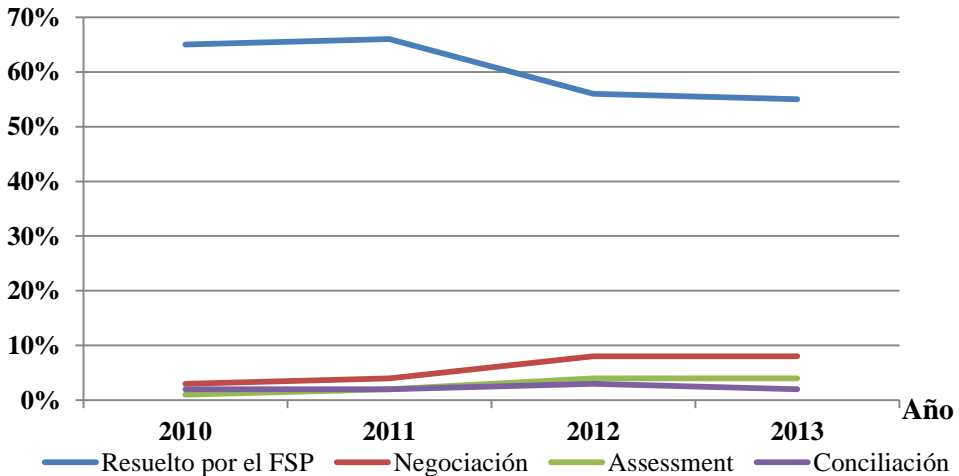


Fuente: Elaboración propia

La siguiente gráfica analiza la evolución de los expedientes finalizados mediante estas técnicas de colaboración, desglosándola entre las cuatro categorías existentes: acuerdo con la entidad de crédito, negociación, conciliación y evaluación inicial.

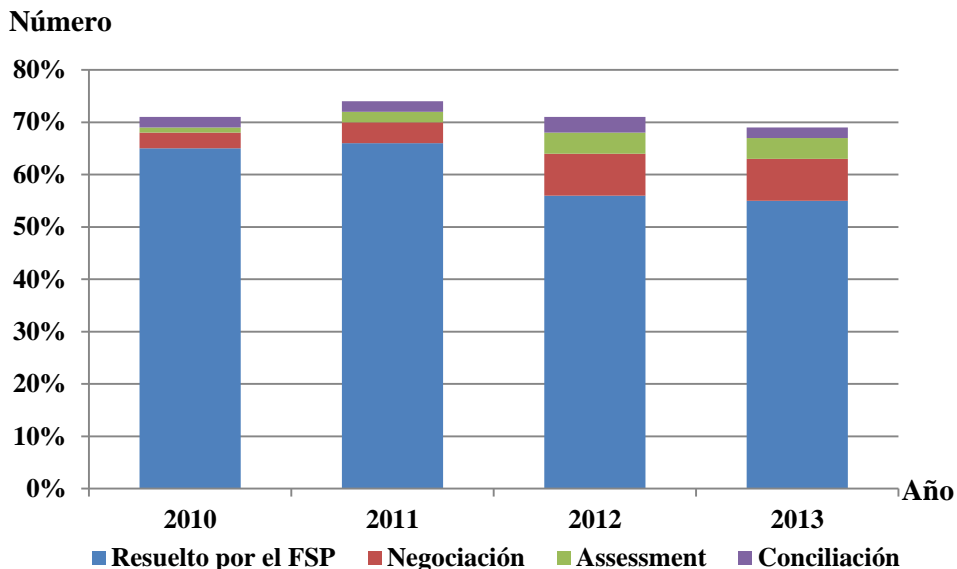
Gráfica 8: Representación de la finalización de los expedientes por acuerdo

% Casos finalizados



Fuente: Elaboración propia

Gráfica 9: Representación de la finalización de los expedientes por acuerdo, desglosada por categorías



Fuente: Elaboración propia

V. DEFINICIÓN DEL TIPO DE ADR FINANCIERO

Creemos importante identificar el tipo de método ADR utilizado en este procedimiento extrajurisdiccional específico para la resolución de los conflictos derivados de los contratos de consumo en el ámbito bancario. *Prima facie* podría parecer que se trata de un procedimiento de conciliación informal o, en los ordenamientos anglosajones donde la decisión final es vinculante para la entidad, que estamos ante un arbitraje especial para las cuestiones que conciernen aspectos de la contratación bancaria⁷³⁶. Sin embargo, la realidad es otra, pues no resulta tarea fácil

⁷³⁶ “(...) the FOS combines various ADR strategies –including internal complaint handling by firms, state-provided complaint conciliation, and arbitration– into a single coordinated scheme”. SCHWARCZ, D., “Redesigning Consumer Dispute Resolution: A

calificar el tipo concreto de ADR, pues presenta unas características, que, por otra parte, les son inherentes, que conllevan a su diferenciación. Por ello, trataremos de establecer las diferencias de este procedimiento respecto de las tradicionales ADR para poder delimitar e identificar su naturaleza jurídica.

1. Diferencias con medios autocompositivos: mediación y conciliación

Muchas de estas instituciones se autocalifican como mediadores o conciliadores informales, incluso el *Ombudsman* francés responde al título de *Médiateur*. Al respecto, sabemos que la mediación y la conciliación constituyen técnicas ADR autocompositivas, donde el tercero imparcial actúa *inter partes*, guiándolas por tanto hacia el consenso. Sin embargo, la diferencia entre ambas reside en el grado de participación del tercero imparcial, pues en la conciliación ostenta poder para proponer una solución al conflicto, mientras que en la mediación su participación queda constreñida a servir de guía a las partes para alcanzar un consenso. Debemos, pues, analizar si el ADR financiero se corresponde con alguna de estas técnicas.

Por un lado, la realidad práctica ha demostrado que las instituciones del Defensor del Cliente (en el sistema español) así como las del *Ombudsman* no entablan relación alguna con los sujetos intervinientes más allá de los contactos necesarios para la obtención de una información completa para la correcta investigación y para las correspondientes

Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict”, *op. cit.*, p. 739.

notificaciones. En este sentido, estas instituciones no contribuyen ni son una guía para que las propias partes sean quienes arreglen sus diferencias, no pudiendo asimilar, en este aspecto, el Defensor del Cliente u *Ombudsman* con un mediador ni tampoco, en este aspecto, con un conciliador.

Por otro lado, el Defensor u *Ombudsman* emite una decisión o dictamen que concluye el procedimiento, siendo ésta vinculante para la entidad en caso de aceptación por el cliente reclamante, lo que implica que no pueda ser considerado como mediador.

En suma, estos órganos no podemos decir que actúan como mediadores por cuanto tienen la facultad de proponer una solución al conflicto bancario, de igual forma que no pueden ser equiparados como conciliadores porque no establecen relación alguna con las partes ni acerca posturas hacia el consenso.

2. Diferencias con medios heterocompositivos: arbitraje

Descartada la calificación del *Ombudsman* como medio autocompositivo, nos preguntamos si estamos ante un medio heterocompositivo como el arbitraje, donde el tercero imparcial actúa *supra partes*, imponiendo a las partes la resolución que dicte.

Sin embargo, si bien es cierto que el *Ombudsman* emite una decisión, ésta no es asimilable al laudo arbitral en tanto en cuanto su carácter vinculante está condicionado a la aceptación del cliente –en los sistemas anglosajones– o carece del mismo –en el sistema español–, pero en ningún caso vincula al consumidor. Al respecto, mientras el laudo

arbitral constituye título ejecutivo y goza de valor de cosa juzgada, la decisión emitida por el Defensor o por el *Ombudsman* no impide al cliente reclamante acudir a la vía judicial, adquiriendo esta decisión mero valor probatorio.

Asimismo, además de esta diferencia sustancial, encontramos otro aspecto que distingue ambos mecanismos. Hacemos referencia al procedimiento del nombramiento y designación del tercero imparcial. En efecto, mientras la elección del árbitro deriva del consenso de ambas partes, la designación del *Ombudsman* corresponde solamente a las entidades de crédito, sin siquiera tener en cuenta la opinión del consumidor.

En consecuencia, nos hallamos ante dos categorías jurídicas distintas que, si bien comparten algunas características, difieren en lo esencial, lo que impide que califiquemos el ADR financiero como un arbitraje.

3. Categoría propia de ADR

Aunque a simple vista parezca que estamos ante un procedimiento ADR tradicional, –conciliación, mediación o arbitraje–, en realidad estamos ante un procedimiento *sui generis*, es decir, ante una categoría propia de ADR que anda a caballo entre la conciliación y el arbitraje. Es cierto que muchas de las instituciones del *Ombudsman* se autodefinen como mediadores o conciliadores (informales), y también es cierto que comparten rasgos y características con estos procedimientos; sin embargo, no es menos cierto que este específico procedimiento de resolución de conflictos en materia bancaria presenta singularidades que lo distinguen de los ADR tradicionales y que nos permiten, por tanto, afirmar que estamos

ante una categoría propia de ADR, una figura intermedia⁷³⁷, dotada con su propio régimen regulador y caracterizado por una naturaleza jurídica híbrida o mixta.

⁷³⁷ A favor, MORENO LISO, L., “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *op. cit.*, p. 82.

FINDINGS AND PROPOSALS

The discussion on the non-judicial redress mechanisms used to solve disputes which arise between financial services providers and their customers provides a forum within which we can reach some findings and conclusions, as well as we can establish some recommendations or proposals. In light of the above, this Chapter is divided into two sections: findings and proposals *de lege ferenda*.

I. FINDINGS

FIRST.- *The importance of the Financial Consumer Protection*

There has always been the concern to protect and promote the rights and, hence, the protection of the financial consumers. However, the global financial crisis highlighted the need for more effective consumer protection measures, especially for those consumers affected by the mortgage crisis or even for those who entered into derivative or complex products such as preferred participations. Indeed, in developing the mortgage market, hybrid complex financial products were sold to customers, some of who had troubled credit histories exacerbated by the securitization of the household credit. The increase of the credit and liquidity risks, together with bank's undisclosed losses, further exacerbated the weak customers' economic situation.

Nevertheless, by supporting the consumer protection it is possible to strengthen the long-term stability of the financial system and to improve and ensure the good corporate governance by guaranteeing transparency in the delivery of the products and services. Indeed, building and enhancing

consumer confidence and trust in a well-functioning financial market promotes efficiency and stability.

The main reason behind this need for financial consumer protection regulation lies in the imbalance of power between financial services providers and their customers, the latter of which are the weaker contractual party. Besides, the complexity and sophistication of the products, particularly those related to endowment mortgages, lead to difficulties in understanding their features and risks by the average consumer.

To address these problems and the disputes that arise from the banker-customer relationships, jurisdictions should ensure that consumers have access to adequate complaints handling and redress mechanisms that should be accessible, affordable, independent, fair, accountable, timely and efficient as set out in the G20 High-level Principles on Financial Consumer Protection. All these mechanisms fall under the global concept of Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms which have experienced a significant growth due to the inadequacy and ineffectiveness of the legal justice system. Furthermore, the growing complexity of the financial sector has been the reason why jurisdictions have developed new out-of-court settlement mechanisms of consumer disputes within this sector, whose effectiveness depends on the adjustment capacity to the customer emerging needs, such the Financial Ombudsman and the Mortgage brokering procedure, apart from the arbitration in case of the preferred participations.

SECOND.- *The Financial Ombudsman is an ADR category of its own*

The Financial Ombudsman Service is a mechanism for complaint handling and redress that meets the principles of independency and impartiality, as well as accessibility for any customer whose rights and legitimate interests have been infringed by a financial service provider's policy. Besides, the Financial Ombudsman has jurisdiction to hear complaints that are not efficiently resolved via the financial services providers and authorised agents' internal dispute resolution mechanisms.

With regard to the conflict management, this private sector Ombudsman follows a different procedure than the one in conciliation, mediation or, even, arbitration. Indeed, contacts between the Ombudsman and the parties are limited to written communications and, additionally, final decisions are not binding –at least in the Spanish legal system– or, if they are, only on acceptance by the customer –in the Anglo-Saxon legal systems– that makes this redress mechanism alternative yet not exclusive to other ADR techniques.

Technically speaking, the Financial Ombudsman institution is a sensible, effective, cost effective and quick alternative dispute resolution compared to courts. Nevertheless, even if this institution was first created as being pragmatic and suitable in resolving consumer disputes with financial services providers, its practical design and implementation becomes crucial for its effectiveness. Thus, both non-binding legal nature of the final decisions and the absence of fixed deadlines for compliance with the decisions by the financial services providers result in a situation of legal uncertainty as to the rights of customers and the duties of credit

entities. This is to the detriment of the confidence of consumers and fosters ineffective and inadequate operation of this out-of-court redress procedure, making it a barrier to an effective solution for the conflict with the financial service provider.

THIRD.- *The Customer Care Departments or IDR schemes are not out-of-court settlement of consumer disputes procedures in the proper sense*

Law requires financial services providers to have in place a dispute resolution system that consists of internal dispute resolution (IDR) procedures that meet the standards or requirements made or approved by the Regulator Authority –Bank of Spain (Spain), FCA (United Kingdom) and ASIC (Australia)– and adhere to an external dispute resolution (EDR) schemes. Therefore, the full complaints-handling procedure is divided into two stages: an Internal Dispute Resolution scheme carried out through the development of a Customer Care Department and an External one which acts as a second instance body and that is represented by the Financial Ombudsman.

Both of them are intended to be out-of-court settlement of consumer disputes and, in that sense, they have to comply with the requirements and principles set out in the Commission Recommendation 98/257/EC. In particular, the decision-making body's impartiality and objectivity are essential for safeguarding the protection of consumer rights and for strengthening consumer confidence in alternative mechanisms for resolving consumer disputes.

However, the IDR schemes are structured as a department within the financial services provider's organization. Therefore, it becomes more difficult to guarantee an environment which allows the complaint-handlers to decide on an autonomous basis even if its separation from the rest of the services is statutory imposed, because complaint-handlers are members of the service staff whose salaries are covered by the financial services provider itself.

Nevertheless, these procedures ensure access to an easy, timely and cost-free financial dispute resolution. Besides, these Departments are a sort of self-regulatory mechanisms on the procedure's weaknesses and failures that enables financial services providers to correct and amend their policies.

II. PROPOSALS *DE LEGE FERENDA*

The starting point in the use of a private sector Ombudsman was the self-regulated Insurance Ombudsman Bureau in 1981 in the United Kingdom. Some years later, in 1986, Banking Ombudsman became operational as an independent dispute resolution mechanism that worked as an intermediary between the financial services providers and the courts. Even if the Spanish Banking Ombudsman within the Bank of Spain was created only one year after the English Banking Ombudsman, they have experienced different development, especially in terms of effectiveness. In fact, the Spanish Banking Ombudsman is less known and used than the English Financial Ombudsman because of the different conception of the customers. This is the reason why it is possible to suggest how this out-of-

court procedure can be improved in the Spanish legal system based on the experience of the Anglo-Saxon systems.

FIRST.- *The removal of the Spanish institution called “Defensor del Cliente”*

As explained in Chapter Four, Order ECHO/734/2004 of March regulates the requirements and duties of the Customer Care Departments and the Customers’ Ombudsman of financial entities, the so-called “Defensor del Cliente” in Spanish language. In particular, the Order ECHO/734/2004 establishes the duty to provide a Customer Care Department but, in its sole discretion, may provide with the Customers’ Ombudsman.

The Customer Care Service acts autonomously and independently through its separation from the organization’s commercial service while Customer Ombudsman is an individual or legal entity acting independently from the financial services provider –as they are external to the organization thereof–, and with total autonomy with regards to the criteria and guidelines applicable to the exercise of their functions. Besides, before resorting to the Financial Ombudsman, the regulation on transparency and the protection of banking service customers, requires that the customer must prove that (s)he has already notified the Customer Care Service or, when it possible, the Customers’ Ombudsman.

The main problem arises from the existence of both institutions. In this case, the financial services provider has the regulatory power to define the Customers’ Ombudsman jurisdiction. Therefore, it could be a conflict of authority and jurisdiction with the Customer Care Department. Indeed,

sometimes they have the same jurisdiction, becoming alternative stages while other times Customers' Ombudsman acts as a second instance body. However, even in this case, there is no obligation to submit the complaint to this body, being the customers able to go directly to the final stage, the Banking Ombudsman.

Regardless of the jurisdiction established, the Customers' Ombudsman is an optional Service not provided for all financial entities. This undermines legal certainty and, hence, is detrimental to customers' confidence in the procedure. From our point of view, this "optional second instance" or, even, "optional alternative instance", only causes unnecessary delays in obtaining an effective final decision, as well as increases the costs in human resources. These are the reasons why the Customers' Ombudsman is inefficient and expensive and, therefore, should be deleted.

SECOND.- *Final Decisions with binding effects*

Unlike the Anglo-Saxon Financial Ombudsmen, the Spanish Banking Ombudsman's decisions are always recommendations and, therefore, not binding in any case. This is the main reason why the out-of-court procedure is ineffective unlike in the United Kingdom and Australia.

According to the Annual Review of 2012, only 18% of the decisions in favour of the customer are abided by the financial services providers. Therefore, this provision gives the financial entities more power against consumer rights. Thus, the advantages of this method are shadowed by the lack of consumer confidence on their rights being defended through it.

Taking into account that effectiveness is directly related to the enforcement of the final decisions, we advocate for the convenience of give legally binding effects to the Ombudsman decision in favour of the claimant. This may be the means to encourage financial entities to correct and amend their policies and to strictly adhere to the Codes of Good Banking Practices. Nevertheless, it should be noted that this binding obligation will not be an obstacle to full entitlement to the protection of the courts, to the right to appeal to other mechanisms for resolution of disputes, nor to administrative protection.

THIRD.- *The merger of the Banking Ombudsman, Investment Ombudsman and Securities Ombudsman into the Financial Ombudsman as a separate body from the Supervisors Authorities*

The Financial Ombudsman Service in the Anglo-Saxon legal systems comprises banking, insurance and investments while in Spain three different institutions are set for each sector. In particular, Market Conduct and Claims Department acts as the Ombudsman for banking disputes, the Directorate General of Insurance and Pension Funds resolves insurance disputes and, finally, National Securities Market Commission's Claim Service deals with disputes about investments.

This tripartite structure creates confusion in the customers in case of complex products or even regular contracts because they do not know to which Ombudsman they have to address their complaints. In these cases they apply the One-Window Principle and, therefore, complaints could be lodged before any of them, being the case referred to the competent body.

This procedure may seem easy, and it is on practice. However, it also multiplies both human and economic resources, since the first instance in the triage stage. Besides, some complaints deal with complex contracts that imply products from more than one sector. In these cases, at least two Ombudsmen are competent to solve a part of the dispute, taking therefore more time in rendering a final decision.

For these reasons, all these Ombudsmen should be joined into a single institution by minimizing costs and resources. Furthermore, this institution should be separate from the Supervisory Authorities in order to guarantee the principle of independency and impartiality.

FOURTH.- *New webpage of the Financial Ombudsman institution*

This operative proposal is related to the previous one. The creation of a new comprehensive Financial Ombudsman implies the development of a website and publications which has to be completely independent from the Regulator Authority or, even, the Supervisory Authority. This independency does not prevent all the information about these Authorities being added to the website where relevant. In this way, it manages to simplify, modernize and optimize the integration of the normative and operational resources related to the procedures to follow when submitting claims, complaints or queries to the Financial Ombudsman.

FIFTH.- *Publicity of the IDR schemes' Annual Reports*

Customer Care Departments have to prepare an annual report setting out the decisions taken, enabling the results obtained to be assessed and

the nature of the related disputes to be identified. This report has to be sent to the credit entity in which this Customer Care Department is included.

However, the report is not published on the websites, precluding the knowledge of this information by the general public. From our point of view, the decision to keep the report private constitutes the infringement of the principle of transparency set out in the Commission Recommendation 98/257/EC. In this regard, even when the Customer Care Department is not a proper body responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, the publicity of the information about not only the procedure but also about the guidelines and policies upon which assessments are based, could be decisive for the system's effectiveness by ensuring the confidence and trust of the customers.

SIXTH.- *Clear timelines in solving the dispute*

The Anglo-Saxon Ombudsman schemes analysed –English and Australian– have no established timelines to resolve the disputes lodged by customers, taking in some cases more than one year to send a final response to the complainant or, in complex cases, up to two years. The fulfilment of expectations with the time FOS take for resolve the complaint is related to the customer satisfaction with this type of ADR. Thus, when FOS takes far too long to consider the complaint, the handling-complaint procedure becomes inefficient and, besides, this delay infringes the rights of defense while deprives the legal certainty.

Accordingly, the English and Australian legislators should set a maximum length of time in issuing the final decision that may not exceed six months in any case, irrespective of the complexity of the subject-

matter. In this sense, customers will be able to know how long could this is likely to take before they withdraw from the resolution procedure and file the complaint before the Court.

SEVENTH.- *Free Consumer “helpline”.*

Both in the IDR schemes and EDR schemes, customers can lodge a complaint against the financial entity by telephone in the Anglo-Saxon systems, as well as to get information about the procedures or, even the products in any system. In this sense, these phone calls have an economic cost assumed normally by customers. Nevertheless, even if in the United Kingdom banking entities take this cost into account when calculating the compensation or redress –the so-called D&I–, Banking Ombudsmen should fund this advisor hotline in order to deliver a superior service to financial customers and entirely free of charge.

From our point of view, the current system that may result in additional costs to the customers undermines consumer confidence in this type of dispute resolution procedures and, hence, the effectiveness and usefulness of them. Therefore, financial services providers should provide with a free telephone line with the clear objective of offering high value-added solutions.

BIBLIOGRAFÍA

I. MONOGRAFÍAS

AA.VV., *Derecho Jurisdiccional II*, dir. por MONTERO AROCA, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 20 ed., 2012.

AA.VV., *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, ed. por FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., Munich, Sellier, 2008.

AA.VV., *Manual de sistema financiero español*, dir. por A. CALVO BARNARDINO, Ariel, Barcelona, 2010.

AA.VV., *Medios alternativos de solución de controversias*, dir. por HEREDIA CERVANTES, I., Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2008.

AA.VV., *Non-Adversarial Justice*, coord. por KING, M., The Federation Press, Sydney, 2009.

AA.VV., *Principles of European contract law: part III*, ed. por LANDO, O., Kluwer Law International, La Haya, 2003.

AA.VV., *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, ed. por STEFFECK, F. y UNBERATH, H., Hart Publishing, Oxford y Portland, 2013.

AA.VV., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, coord. por MACKIE, K., Tottel Publishing Ltd., Reino Unido, 2007.

AA.VV., *Tomo X. Contratos bancarios*, coord. por RECALDE CASTELLS, A., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

ACCESS TO JUSTICE ADVISORY COMMITTEE, *Access to Justice – An Action Plan*, Commonwealth of Australia, Canberra, 1994.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ VEGA, M. I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

ANDREU MARTÍ, M. M., *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998.

ARIÑO ORTIZ, G., *La necesaria reforma de la Ley de Cajas de Ahorros*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, España, 2012.

AUERBAHC, J. S., *Justice without Law*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1983.

BALDWIN, R., SCOTT, C., y HOOD, C., *A Reader in Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, *Manual Jurídico de las Operaciones Bancarias*, tomo I, EDIT-IN, Madrid, 2001.

Bibliografía

BARBIER, E. A., *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Ídem, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

Ídem, *Solución extrajudicial de conflictos, "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Ídem, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BCBS, *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP). Assessment of Basel III Regulations –Australia*, Bank for International Settlements, marzo 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.

BLANCO MARCILLA, E., *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, Monografía núm. 24, CNMV, Madrid, 2009.

BLAKE, S., BROWNE, J. y SIME, S., *Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

BROWN, H. J. y MARRIOTT, A., *ADR principles and practice*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2011.

BUCK, T., KIRKHAM, R., THOMPSON, B., *The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice*, Ashgate Publishing, Canadá, 2011.

BÜHRING-UHLE, C., KIRCHHOFF, L. y SCHERER, G., *Arbitration and mediation in international business*, Kluwer Law Arbitration, Holanda, 2006.

BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Ídem, *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Ídem, *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

CALVO BERNARDINO, A., PAREJO GÁMIR, J. A., RODRÍGUEZ SÁIZ, L. y CUERVO GARCÍA, A., *Manual de sistema financiero español*, Ariel, Barcelona, 2005.

CAPPER, P., *International Arbitration: a handbook*, London Singapore, 3ª ed., Reino Unido, 2004.

CARBAJALES, M., *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.

CASARES MARCOS, A. B., *Cajas de Ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Bibliografía

CHASE, O. G., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, traducción de Martín Diz, F., Marcial Pons, Madrid.

CHORNENKI, G. A., HART, C. E., *Bypass Court. A dispute Resolution Handbook*, LexisNexis, Canadá, 2011.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, Reino Unido, 2003.

CROOK, J., *What is Alternative Dispute Resolution (ADR)?*, Chartered Institute of Arbitrators, Reino Unido, 2010.

DE DIEGO VALLEJO, R., GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación, Proceso, Tácticas y Técnicas*, ed. Pirámide, Madrid, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva, en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2003.

DYCHÉ, J., *The CRM Handbook: A Business Guide to Customer Relationship Management*, Addison-Wesley Professional, EE.UU., 2004.

EDWARDS, R., *Banking Law in Australia*, LexisNexis, Australia, 2012.

ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *El defensor del Pueblo-Ombudsman-*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ ARMESTO, J. y DE CARLOS, L., *El Derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

FIADJOE, A., *Alternative Dispute Resolution: a Developing World Perspective*, Cavendish Publishing Ltd., Reino Unido, 2004.

FOUCHARD, P., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

FRAHM, M., *Australasia and Pacific Ombudsman Institutions. Mandates, Competences and Good Practice*, Springer, Viena, 2013.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*, Comares, España, 1997.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

Bibliografía

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2000.

GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Editorial práctica de derecho, Valencia, 2006.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, JDG, 2ª ed., Madrid, 1975.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Operaciones bancarias neutras*, Tratado de Derecho mercantil Tomo XXXIX: Las entidades de crédito y sus operaciones, Marcial Pons, Madrid, 2006.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Las Rozas, 2000.

GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 1998.

GONZÁLEZ CANO, I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GOZAINI, O. A., *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

GRANT, J. McB., HAGGER, A. J. y HOCKING, A., *Economic Institutions and Policy. An Australian introduction*, The Griffin Press, Australia, 1969.

GREENSPAN, A. L., *Handbook of Alternative Dispute Resolution*, State Bar Of Texas Standing Committee On Alternative Methods Of Dispute Resolution, 1990.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Jurisdicción y Competencia en Materia de Consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

HÖRNLE, J., *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009.

ILLÁN HERNÁNDEZ, J. M., *Mediación familiar. Guía práctica para Mediadores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE UNCTAD/WTO (ed. por G. LOADES): *Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How to settle international business disputes*, International Trade Centre, Ginebra, 2001.

KAUFMANN-KOHLER, G., SCHULTZ, T., *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Holanda, 2004.

KUCSKO-STADLMAYER, G., *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2007.

LASTRA, R. M., *Legal Foundations of International Monetary Stability*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Bibliografía

LESLIE, J., *Introduction to Banking and Financial Services*, Heriot-Watt University, Reino Unido, 2010.

LÓPEZ ORTEGA, R., *Las operaciones bancarias de pasivo*, Colección Tratado de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 2008.

LUNAS DÍAZ, M. J., *El usuario frente a la banca. Claves para mejorar nuestra relación con las entidades de crédito*, Arguval, Málaga, 2007.

MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W., ALLEN, T., *The ADR practice guide: commercial dispute resolution*, 2ª ed., Butterworths, Reino Unido, 2000.

MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

MATTOUT, J. P., *Droit Bancaire international*, Revue Banque Édition, Francia, 2009.

MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M., *Tratado de derecho arbitral*, tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

MOORE, C. W., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

MORA, A., IMBERNÓN GARCÍA, M. J., *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2006.

NORDIC COUNCIL OF MINISTERS, *A study on Alternative Dispute Resolution and Cross-border Complaints in Europe*, Nordic Council of Ministers ed., Dinamarca, 2002.

NÚÑEZ OJEDA, R., *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias en materia civil*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago (Chile), 2009.

OMBUDSMAN BANCARIO, *La risoluzione delle controversia tra branche e clienti consumatori: L'attività dell'Ombudsman nel 2003 con il massimario e le motivazioni delle decisioni di maggiore interesse*, Edibank, Roma, 2004.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones Generales y Cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Ídem, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PEÑA YÁÑEZ, M. A., *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Dykinson, Madrid, 2013.

PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación bancaria española*, Banco de España, Madrid, 1983.

PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

PÉREZ MARTÍN, A. J., *Tarjetas de crédito, débito y compras. Comentarios, jurisprudencia y formularios. Aspectos sustantivos y procesales*, Lexfamily, Córdoba, 2013.

Bibliografía

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011. Presupuestos, antecedentes y alcance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

PETIT LAVALL, M. V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las "acciones Colectivas" en el Ordenamiento Jurídico Español (Un estudio comparado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

POLO SÁNCHEZ, E. M., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980.

POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1995.

QUICIOS MOLINA, M. S., *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999.

RALLO LOMBARTE, A. V., *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002.

RAU, A. S., SHERMAN, E. F. y PEPPET, S. R., *Arbitration*, Foundation Press, Nueva York, 2002.

RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca Pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., *Sistemas complementarios a la Jurisdicción de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*, La Ley, Madrid, 2013.

SCHMUHL, R., *Las responsabilidades del periodismo*, Editorial Mitre, Barcelona, España, 1985.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

SINGER, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

SPENCER, D., y HARDY, S., *Dispute Resolution in Australia: cases, commentary and materials*, Thomson Reuters, Pyrmont, 2009.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ed. por VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE NÖLKE, H., Sellier, Munich, 2009.

TAPIA HERMIDA, A. J., *Derecho Bancario*, Cálamo, Barcelona, 2003.

THE WORLD BANK GROUP, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, The World Bank Group, Washington, 2011.

Bibliografía

TRUJILLO DÍEZ, I. J., *El sobreendeudamiento de los consumidores. (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha)*, Comares, Granada, 2003.

TYREE, A., *Banking Law in Australia*, LexisNexis Butterworths, Australia, 2011.

UREÑA SALCEDO, J. A., *La influencia pública en las Cajas de ahorros*, Marcial Pons, Madrid 2005.

VANEGAS ÁLVAREZ, S., *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 117, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

VEGA SERRANO, J. M., *La regulación bancaria*, La Ley, Madrid, 2011.

VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, ed. Reus, Madrid, 2005.

VENEGAS ÁLVAREZ, S., *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, núm. 117, (Universidad Nacional Autónoma de México), México, 1988.

VIANA LÓPEZ, C. J., *Mediación laboral*, Dykinson, Madrid, 2013.

VILLALTA PUIG, G., *Banking and finance law*, Thomson Legal & Regulatory Ltd., Pymont, 2005.

VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2012.

Ídem, *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.

VON JIPPEL, T., *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

WARE, S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Thomson/West, Estados Unidos, 2007.

WEERASOORIA, W. y WALLACE, N., *Banker-Customer. Resolving banking disputes*, Longman Business & Professional, Melbourne, 1995.

WOOD, P. R., *Regulation of International Finance*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2007.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Ordenación bancaria*, Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

II. CAPÍTULOS DE LIBRO

ALBERT MUÑOZ, M. A., CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. y NAVA CÓRDOBA, J. N., “La defensa de los consumidores y usuarios a través del arbitraje: el sistema arbitral de consumo”, en AA.VV., *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, dir. por MARTOS NÚÑEZ, J. A., Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997, España, pp. 263-284.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*,

coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002, pp. 76-79.

ÁLVAREZ MORENO, M. T., “Códigos de conducta y arbitraje de consumo”, en AA.VV., *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, coord. por REAL PÉREZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 393-397.

ÁLVAREZ RUBIO, J., “El contrato bancario de cajas de seguridad como contrato de consumo”, en AA.VV., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 583-587.

Ídem, “Código de Buenas Prácticas Bancarias”, en AA.VV., *Contratación Bancaria*. Tomo I, dir. por ORDUÑA MORENO, F. J. y TOMILLO URBINA, J. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 497-527.

ÁLVAREZ TORRES, M. y GIL VALLEJO, B., “Capítulo I. Marco normativo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *Mediación Civil y Mercantil*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 9-55.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., “La regulación del arbitraje estatutario” en AA.VV., *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011: (comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, dir. por DAMIAN MORENO, J., La Ley, Madrid, 2011, pp. 37-68.

ASTARLOA, E. y LEANDRO VIERIRA DA COSTA, P., “Chapter 46. Spain”, en AA.VV., *The Dispute Resolution Law Review*, ed. por COTTON, J., 6 ed., Law Business Research, Reino Unido, pp. 702-724.

BAMFORD, D., “Australia”, en AA.VV., *Global perspectives on ADR*, ed. por ESPLUGUES MOTA, C. y BARONA VILAR, S., Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 53-78.

BARONA VILAR, S., “ADR en materia de consumo en la Unión Europea”, en AA.VV., *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, dir. por LORCA NAVARRETE, A. M., Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2001, pp. 63-95.

Ídem, “ADR y consumo: dos realidades complementarias”, en AA.VV., *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, dir. por LORCA NAVARRETE, A. M., Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2001, pp. 19-62.

Ídem, “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. por BARONA VILAR, S., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 25-58.

Ídem, “Capítulo I: Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por BARONA VILAR, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25-74.

BATALLER GRAU., J., “Capítulo IV. El conflicto surgido de un contrato de seguro: su resolución extrajudicial”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. por BARONA VILAR, S., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 123-148.

BEATTY, A., FORREST, K. y GRADY, R., “Chapter 4. Product Regulation”, en AA.VV., *Australian Finance Law*, ed. por MALLESONS STEPHEN JAQUES (Solicitors and Attorneys), Thomson Legal & Regulatory Ltd., Pyrmont, 2009, pp. 101-144.

BENÖHR, I., “Out-of-court settlement of consumer disputes in financial services”, en AA.VV., *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*, ed. por HODGES, C., STADLER, A., Edward Elgar Publishing, EE.UU., 2013, pp. 247-251.

Bibliografía

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 3”, en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2009, pp. 77-111.

BOURGOIGNIE, T., “Seguridad del consumidor y vigilancia del mercado: estrategias y herramientas legales”, en AA.VV., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 93-110.

BROSETA PONT, M., “Aspectos generales para una introducción sobre el derecho de los consumidores”, en AA.VV., *Estudios Homenaje a Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 73-86.

BUJOSA VADELL, L. M., “9. El arbitraje de consumo”, en AA.VV., *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dir. por SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A., Thomson, Valladolid, 2013, pp. 137-153.

CABALLERO GARCÍA, F., “Capítulo 4. Doctrina jurisprudencial sobre las participaciones preferentes”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 147-187.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario”, en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. por CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2011, pp. 102-154.

CANOSA USERA, R., “Capítulo 3. Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*, coord. por LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F., y MESEGUER VELASCO, S., Netbiblo, La Coruña, 2008, pp. 71-108.

CASARES PINAL, M. C., “XVI. Mediación en materia hipotecaria”, en AA.VV., *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, dir. por CASTILLEJO MANZANARES, R., La Ley, Madrid, 2013, pp. 559-580.

CORTADAS ARBAT, R., “Luces y sombras del sistema arbitral de consumo: el sistema arbitral desde la óptica empresarial”, AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, ed. por FLORENSA I TOMÀS, C. E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 181-184.

COTTON, J., y YILDIZ, H., “Chapter 15. England & Wales”, en AA.VV., *The Dispute Resolution Law Review*, ed. por COTTON, J., 6 ed., Law Business Research, Reino Unido, pp. 214-235.

CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA, M. E., “¿Mediación Hipotecaria o Intermediación Hipotecaria?”, en AA.VV., *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad.*, coord. por ORTEGA GIMÉNEZ, A y COBAS COBIELLA, M. E., Economist & Jurist, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, pp. 353-370.

CUBILLO LÓPEZ, I. J., “Capítulo VI. El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores”, en AA.VV., *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coord. por CUBILLO LÓPEZ, I. J., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 275-349.

DE VIVERO DE PORRAS, C., “Capítulo 9. Comercialización a minoristas de participaciones preferentes, instrumento de deuda convertibles y financiaciones subordinadas computables como recursos propios”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 347-384.

DEL CAÑO PALOP, J. R., “II. El Banco de España. Organización y funciones”, en AA.VV., *Derecho Bancario y Bursátil*, dir. por ZUNZUNEGUI PASTOR, F., Colex, Madrid, 2012, pp. 49-94.

DIAGO DIAGO, P., “Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en AA.VV., *Estudios sobre contratación internacional*, dir. por CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Colex, Madrid, 2006, pp. 151-178.

DÍAZ DÍAZ, B., “La protección del consumidor y creación de valor en la empresa”, en AA.VV., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 65-90.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Capítulo 10. Participaciones preferentes. Acción individual, acción colectiva y protección de intereses difusos”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 385-418.

DÍEZ ESTELLA, F., “Capítulo 5. La protección del consumidor en el Derecho Mercantil”, en AA.VV., *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*, coord. por LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F., y MESEGUER VELASCO, S., Netbiblo, La Coruña, 2008, pp. 279-310.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Ponencia General: Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, coord. por CLAVERO ARÉVALO, Civitas: Fundación BBV, Madrid, 1996.

DOMÍNGUEZ PLATA, J., “El ARBITRAJE COLECTIVO”, en AA.VV., *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, coord. por GARRIDO CARRILLO, F. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 149-162.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Tema XI. El contrato de cuenta corriente bancaria”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 431-464.

ERVO, L., “Mediación en los países escandinavos”, en AA.VV., *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos*, dir. por BARONA VILAR, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp- 125-180.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Tema II. Las fuentes del derecho bancario”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 105-106.

ESPINO HERNÁNDEZ, L. D., “Razón de ser y evolución de la protección procesal de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010.

ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en AA.VV., *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes*

Bibliografía

ámbitos jurídicos?, dir. por ETXEBERRIA GURIDI, J. F., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 191-253.

FERNÁNDEZ DE MESA VARGAS, I., “Marco legal de protección del cliente bancario”, en AA.VV., *Conectando con el cliente*, Unacc, 2013, pp. 21-28.

FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008. Objeto, Ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 183-207.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, en AA.VV., *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157-191.

FERNÁNDEZ, T. R., “La autonomía de los Bancos Centrales: un problema de rango constitucional”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, coord. por POLO DÍEZ, A., La Ley, Madrid, 1994, pp. 715-738.

GADEA SOLER, E., “Tema XVIII.A. El préstamo bancario de dinero”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 701-740.

GALLASTEGUI ZULAICA, M. C., “Situación de los mercados financieros y bancarios y su incidencia en la economía familiar y social”, en AA.VV., *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, dir. por LAMARCA ITURBE, I., Artarteko, Vitoria, 2013, pp. 49-72.

GAO (US GENERAL ACCOUNTING OFFICE), “The role of the Ombudsman in Dispute Resolution”, *GAO-01-466*, EE.UU., 2001.

GARCÍA ABURUZA, M. P., “Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus”, en AA.VV., *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, coord. por SALAS CARCELLER, A., Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 105-122.

GARCÍA MUÑOZ, J., “7. El arbitraje bancario y financiero”, en AA.VV., *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dir. por SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A., Thomson, Valladolid, 2013, pp. 115-128.

GARCÍA SOLÉ, F., “Tema XII. Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de débito y crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 465-502.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Lección segunda. Medios de solución de conflictos jurídicos”, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 37-52.

GÓMEZ DE MIGUEL, J. M., “La calidad del capital regulatorio: una reforma necesaria”, en AA.VV., *El Sistema Bancario tras la Gran Recesión*, coord. por PÉREZ FERNÁNDEZ, J., y DíEZ GANGAS, J. C., Colección Mediterráneo Económico, núm. 19, Almería, 2011, pp. 185-206.

GONZÁLEZ MONTES, J. L., “El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)”, en AA.VV., *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, coord. por GARRIDO CARRILLO, F. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 65-98.

Bibliografía

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cláusulas abusivas”, en AA.VV., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*, dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 955-1152.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., “Tema I. La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 47-96.

GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del marco normativo de la mediación en España”, en AA.VV., *Estado del arte de la mediación*, coord. por GORJÓN GÓMEZ, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 51-76.

GORJÓN GÓMEZ, F. J., “Estado del arte de la mediación en México”, en AA.VV., *Estado del arte de la mediación*, coord. por GORJÓN GÓMEZ, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 27-50.

GOZALO LÓPEZ, V., “La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del Derecho de consumo (471)”, en AA.VV., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I congreso euroamericano de protección jurídica de los consumidores)*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 611-619.

GRANDE SEARA, P., “Capítulo II. Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 46-86.

GRIFFITHS, G., “The Common Law Trust and its Utility for Civil Law Systems”, en AA.VV., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III*

Congreso de derecho civil catalán, coord. por GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S., Marcial Pons, España, 2006, pp. 53-68.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “Reflexiones acerca del nuevo régimen jurídico de las Cajas de Ahorros”, en AA.VV., *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, coord. por REBOLLO PUIG, M., Iustel, España, 2012, pp. 615-626.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Tema 14. La intervención de los consumidores y usuarios en el proceso civil”, en AA.VV., *La protección del consumidor de inmuebles*, dir. por LLEDÓ YAGÜE, F., Dykinson, Madrid, 2013, pp. 410-413.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Comentario al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, coord. por CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J. y TAPIA HERNÁNDEZ, I., Aranzadi, Pamplona, 2001.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Tema XXI. El contrato de leasing financiero”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 879-928.

Ídem, “Tema XVI. El contrato de apertura de crédito”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 627-670.

HERNÁNDEZ GIL, A., “Prólogo”, en AA.VV., *Derecho bancario y bursátil*, dir. por ZUNZUNEGUI PASTOR, F., Colex, Madrid, 2012, p. 23.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales

de construcción”, en AA.VV., *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI*, Tomo II: Arbitraje y Resolución Extrajudicial de conflictos, coord. por FERNÁNDEZ CANALES, C., ed. Reus, Madrid, 2010, pp. 205-222.

HOWELLS, G., Y SCHULZE, R., “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, en AA.VV., *Modernising and Harmonising Consumer Contract, Law*, ed. por HOWELLS, G., Y SCHULZE, R., European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, pp. 3-25.

JIMÉNEZ FORTEA, F. J., “Capítulo II: La capacidad en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por BARONA VILAR, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 77-114.

LEIBOWITZ, D., LESTER, C., “Banking and finance disputes”, en AA.VV., *ADR and Commercial Disputes*, ed. por CALLER, R., Sweet&Maxwell, Londres, 2002.

LOIS BASTIDA, F., “Tema XVII. El contrato de descuento”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 671-698.

MADRAZO LEAL, J., “Tema XIV. Depósitos bancarios de dinero”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 559-608.

MAGIDE HERRERO, M., “La potestad reglamentaria de las administraciones independientes: sus límites constitucionales”, en AA.VV., *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, coord. por ROSADO PACHECO, S., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, pp. 281-294.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., "El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario", en AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, ed. por FLORENSA I TOMÀS, C. E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 27-50.

MANZANOS BILBAO, C., "El derecho como mecanismo de control frente a los conflictos sociales", en AA.VV., *Derecho y sociedad*, coord. por AÑÓN ROIG, M. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 435-450.

MARIMÓN DURÁ, R., "La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España", en AA.VV., *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dir. por CUÑAT EDO, V., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 213-264.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Capítulo III. La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios", en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por BARONA VILAR, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 115-133.

Ídem, "Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea", en AA.VV., *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de Tango*, coord. por GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1317-1336.

MATEU GORDON, J. L. y PALOMO ZURDO, R. J., "Análisis y perspectivas de las cajas profesionales y populares. Una modalidad específica de relación banca-empresa", en AA.VV., *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés, Logroño (La Rioja), 16, 17 y 18 de junio, 1999*, coord. por AYALA CALVO, J. C., vol. 1, Universidad de La Rioja, 1999, pp. 1387-1396.

Bibliografía

MARTÍNEZ ROSADO, J., “Tema XXXII. El servicio de alquiler de cajas de seguridad”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1397-1434.

MCCOACH, L. y LANDY, D., “Chapter 4. Australia”, en AA.VV., *The Banking Regulation Review*, ed. por PUTNIS, J., Law Business Research, 5ª ed., Reino Unido, 2014, pp. 66-114.

MÍNGUEZ FERNÁNDEZ, F., “La estructura del marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III”, en AA.VV., *Mecanismos de gestión y prevención de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 42, Madrid, 2011, pp. 83-98.

MIQUEL GONZÁLEZ, M., “Comentario al art. 82 TR-LGDCU”, en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. por CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2011, pp. 711-753.

MIRALLES SÁEZ, E., “Tema VII. La protección del cliente en la relación bancaria”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 277-310.

MONTES RODRÍGUEZ, M. P., “Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria*, coord. por MARIMÓN DURÁ, R. y GONZÁLEZ CASTILLA, F., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 73-138.

MORENO CATENA, V., “Comentario al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV., *El proceso civil*, coord. por ESCRIBANO MORA, F., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

NAVARRO CHINCHILLA, J. J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, en AA.VV., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir. por NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 527-554.

PAGADOR LÓPEZ, “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV., *La defensa de los consumidores y usuarios*, dir. por REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, Madrid, 2011, pp. 1307-1443.

PALAO MORENO, G., “La protección de los consumidores en el ámbito europeo”, en AA.VV., *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73-94.

PÉREZ CONESA, C., “Capítulo 13. Nulidad de la «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva”, en AA.VV., *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, dir. por CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 251-256.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Capítulo 12. Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en AA.VV., *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, dir. por CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 235-250.

POLO SÁNCHEZ, E. M., “La protección del consumidor en el Derecho privado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 811-898.

PONCIBÒ, C., “A Modernisation for European Consumer Law?”, en AA.VV., *European Consumer Protection: Theory and Practice*, ed. por DEVENNEY, J., KENNY, M., University Cambridge Press, Reino Unido, 2012, pp. 43-63.

Bibliografía

POVEDA ANADÓN, R., “La respuesta del marco regulatorio español a la crisis”, en AA.VV., *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, coord. por ORTEGA FERNÁNDEZ, R., Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2011, pp. 19-34.

ROCHE, C. L., RICHTER, J., “Capítulo II. Barreras para el Acceso a la Justicia”, en CASAL, J.M., ROCHE, C. L., RICHTER, J., CHACÓN HANSON, A., *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis), Caracas (Venezuela), 2005, pp. 49-54.

RODOTA, S., “Códigos de Conducta: entre *hard law* y *soft law*”, en AA.VV., *Códigos de Conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales «Códigos de Conducta y Mercado»*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, coord. por REAL PEREZ, A., Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 19-24.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por GARCÍA VILLAVERDE, R., Civitas, España, 1992, pp. 897-966.

RODGER, B., “Chapter 5: Collective Redress Mechanisms and Consumer Case Law”, en AA.VV., *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, dir. por RODGER, B., Wolters Kluwer, 2014, pp. 157-192.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Protection from Unfair Suretyships in Spain”, en AA.VV., *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, ed. por COLOMBI CIACCHI, A. y WEATHERILL, S., Oxford University Press, Reino Unido, 2010.

ROGER, W. y FERGUSON, JR., “12. Should Financial Stability Be an Explicit Central Bank Objective?”, en AA.VV., *Challenges to Central*

Banking from Globalized Financial Systems, ed. por UGOLINI, P. C., SCHAECHTER, A. y STONE, M. R., International Monetary Fund, Washington, 2003, pp. 208-223.

RUIZ SOLANES, L. A., “Capítulo 6. Tributación de las participaciones preferentes en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 247-274.

RUTGERS, J. W., “European competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument”, en AA.VV., *Towards a European Civil Code (Fourth revised and extended edition)*, ed. por HARTKAMP, A., Kluwer Law International, 2011, pp. 311-333

SÁNCHEZ CALERO, F., “Chapter 7. Spain”, en AA.VV., *European Banking Law. The Banker-Customer relationship*, ed. por R. CRANSTON, LLP, Reino Unido, 1999, pp. 127-143.

Ídem, “Las condiciones generales de los contratos bancarios”, en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por SÁNCHEZ CALERO, F., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 307-333.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Armonización Bancaria”, en AA.VV., *Diccionario en términos comunitarios*, coord. por BIGLINO CAMPOS, P., McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 6-12.

SANCHIDRIÁN PARDO, R., “Nuevos retos del arbitraje de consumo”, AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, ed. por FLORENSA I TOMÀS, C. E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 167-172.

Bibliografía

SANCHIS CRESPO, C., “Capítulo VIII: La prueba en los procesos de consumo”, en AA.VV., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por BARONA VILAR, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 318-357.

SCHOCH, O., “ADR in banking: The Swiss Ombudsman Foundation”, en AA.VV.: *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ed. por KAUFMANN-KOHLER, G., FROSSARD, V., ASA, Basilea, 2003.

SEQUEIRA MARTÍN, A., “Introducción”, en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 19-42.

SERRA RODRÍGUEZ, A., “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en AA.VV., *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 317-364.

SERRANO DE NICOLÁS, A., “Trust y derecho de sucesiones”, en AA.VV., *El Trust en el derecho civil*, coord. por ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch, Barcelona, 2007, pp. 59-96.

SMITH, A., “Chapter 1: Regulation of the Australian Financial System”, en AA.VV., *Australian Finance Law*, ed. por MALLESONS STEPHEN JAQUES (Solicitors and Attorneys), Thomson Legal & Regulatory Ltd., Pyrmont, 2009, pp. 2-49.

TAMAYO HAYA, S., “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”, en AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, vol. I, coord. por GARCÍA VILLALUENGA, L. y TOMILLO URBINA, J. L., ed. REUS, Madrid, 2010, pp. 243-260.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho público bancario español", en AA.VV., *Estudios de Derecho público bancario*, dir. por MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., CEURA, Madrid, 1987.

Ídem, "Tema III. El concepto y clasificación de los contratos bancarios", en AA.VV., *La contratación bancaria*, dir. por SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 131-144.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., y GÓMEZ URQUIJO, L., "La Orden Ministerial de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: un ejemplo del nuevo marco de confianza en el sistema financiero europeo", en AA.VV., *Retos del Derecho en una economía sin fronteras*, dir. por GÓMEZ, F., HERRÁN, A. y ATXABAL, A., Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 65-72.

TOMILLO URBINA, J., "El arbitraje de consumo en España: un recorrido histórico", en AA.VV., *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo II: Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos*, coord. por FERNÁNDEZ CANALES, C., ed. REUS, Madrid, 2010, pp. 81-116.

UGENA TORREJÓN, R. y PÉREZ CAJAL, C., "La reforma del régimen de reestructuración y resolución de las entidades de crédito", en AA.VV., *Cuadernos de derecho para ingenieros*, coord. por AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., vol. 20, 2009, pp. 55-72.

VALOR MARTÍNEZ, C., MERINO DE DIEGO, A., y PALOMO ZURDO, R. J., "Los códigos éticos en cajas de ahorros y cooperativas de crédito: estado de la cuestión y análisis empírico", en AA.VV., *El comportamiento de la empresa ante entornos dinámicos: XIX Congreso anual y XV Congreso Hispano Francés de AEDEM*, Vol. 1, 2007, (Ponencias), p. 77.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, en AA.VV., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 640-666.

VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por FLUITERS CASADO, R. y PUYOL MONTERO, F. J., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 15-55.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Concepto y fuentes”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, coord. por ZUNZUNEGUI PASTOR, F., Colex, Madrid, 2001, pp. 21-43.

Ídem, “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. Marco normativo en España y Europa. Soluciones en Derecho Comparado y buenas prácticas”, en AA.VV., *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, dir. por LAMARCA ITURBE, I., Artarteko, Vitoria, 2013, pp. 31-48.

III. ARTÍCULOS DE REVISTAS

AGÜERO ORTIZ, A., “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 291-299.

AGUILAR GRIEDER, H., “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, Marzo 2010.

AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A., “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *InDret Revista para el Derecho*, 2/2011, pp. 1-8.

AKIN OJELABI, L., “Improving Access to Justice through Alternative Dispute Resolution: the Role of Community Legal Centres in Victoria, Australia”, *La Trobe University*, 2010, pp. 10-13.

ALBUERNE, C., “La reestructuración de entidades de crédito”, *Uría Menéndez. Especial reformas estructurales*, extraordinario-2012, pp. 7-17.

ALEXANDER, N. y COLGATE, M., "The evolution of retailer, banker and customer relationships: a conceptual framework", *International Journal of Retail & Distribution Management*, vol. 26, núm. 6, 1998, pp. 225-236.

ALI, S. F., y DA ROZA, A., “Alternative Dispute Resolution Design in Financial Markets – some more equal than others: Hong Kong’s proposed Financial Dispute Resolution Center in the context of the experience in the United Kingdom, United States, Australia, and Singapore”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 21, núm. 3, 2012, pp. 485-531.

ALONSO GONZÁLEZ, P., “Las participaciones preferentes en España”, *Actualidad Financiera*, vol. 6, núm. 7, pp. 19-31.

ALONSO TIMÓN, A. J., “El fenómeno de las autoridades administrativas independientes y la naturaleza de sus capacidades normativas: especial referencia a las circulares del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 34, 2001, pp. 179-220.

ALPERI, C., “Financial Services in the United States and United Kingdom: Comparative Approaches to Securities Regulation and Dispute Resolution”, *International Law & Management Review*, vol. 5, 2008, pp. 75-98.

Bibliografía

AMORIN PISA, M., “Fideicomiso testamentario”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 4, 2007, pp. 649-678.

ANDREEVA ANDREEVA, V., “Resolución extrajudicial de conflictos relacionados con los contratos con consumidores celebrados en los mercados financieros internacionales”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 4, núm. 3, 2011, pp. 751-768.

ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, pp. 60-69.

ANDREU MARTÍ, M. M., “Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 54, 1994, pp. 425-448.

ANTONIAZZI, C., “Consideraciones acerca de la mediación ante la crisis económico-social actual”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009.

ARANA DE LA FUENTE, I., “La venta de bienes de consumo en la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los consumidores y en el TRLGDCU”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 26, 2011.

ARIAS BARRERA, L. C., “Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 7, núm. 1, 2008.

ATIK, J., “EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis”, *Review of Banking and Financial Law*, vol. 33, 2013-2014, pp. 283-341.

ÁVILA ORIVE, J. L., “Reestructuración y resolución de entidades de crédito ex Ley 9/2012 y expropiación forzosa”, *Revista de derecho*

concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, núm. 19, 2013, pp. 47-63.

AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas, buena fe y reforma del derecho de la contratación en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 74, núm. 648, 1998, pp. 1533-1586.

AZNAR, H., “El ombudsman, como mecanismo de autorregulación”, *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 13, 1999.

AZORÍN RONCERO, J., “La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Operaciones bancarias”, *Revista General de Derecho*, núm. 490-491, 1985, pp. 2115-2144.

BALBUENA TEBAR, R., “El usuario de los servicios bancarios: estudio de su problemática a través de las fuentes”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 7, 1997, pp. 393-414.

BALLUGUERA GÓMEZ, C., “El Servicio de Ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 de abril de 2012. B.D.: www.notariosyregistradores.com.

BARBA, S., “La Evaluación Del Consejo De Administración Como Instrumento Al Servicio Del Gobierno Corporativo”, *InDret*, vol. 2, 2014.

BARONA VILAR, S., “Fomento de las ADRS en España. (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)”, *Revista Sequência*, núm. 51, 2005, pp. 176-177.

Ídem, “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, nº 1, 2011 pp. 185-211.

Bibliografía

BARRAL VARELA, G., “El Servicio de Atención al Cliente de las entidades de crédito”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, pp. 197-209.

BARRAL VIÑAS, I., “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, *2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009.

BARRUTIA LEGARRETA, J. M., ECHEBARRÍA MIGUEL, C., “Banca de Relaciones: de la declaración de intenciones a la implantación real”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2737, 2002, pp. 13-30.

Ídem, “Internet y los nuevos poderes del consumidor bancario”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2757, 2003, pp. 7-21.

BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, pp. 180-213.

BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista electrónica de Direito Processual*, vol. II, 2008, pp. 257-291.

BENÍTEZ SÁNCHEZ, Y. F., “Red internacional de protección a los consumidores de los servicios financieros. Un proyecto a construir”, *Brújula Ciudadana*, núm. 31, marzo 2012, pp. 11-13.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984, pp. 14-19.

BERIZONCE, R. O., “Virtualidad y proyecciones del movimiento del acceso a la Justicia”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2012, pp. 25-37.

BERMEJO VERA, J., “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, pp. 251-300.

BERNARDEAU, L., “La notion de consommateur en droit communautaire”, *Revue Européene de Droit de la Consommation*, núm. 4, 2001, pp. 341-362.

BLACK, J., “Constitutionalising Self-Regulation”, *Modern Law Review*, vol. 59, núm. 6, 1996, pp. 24-55.

BLACK, K., CICCOTELLO, C. S. y SKIPPER, H. D., “Issues in Comprehensive Personal Financial Planning”, *Financial Services Review*, vol. 11, núm. 1, 2002, pp. 1-9.

BLANCH, J. y KUEHL, L., “Derivatives arbitration: will it ever become chic in Europe?”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 25, núm. 4, 2010, pp. 246-248.

BLANCH, J., “Derivatives arbitration: will it ever become chic in Europe?”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 25, núm. 4, 2010, pp. 246-248.

BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLII, 2009, pp. 129-152.

BLANKLEY, K. M., “Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case”, *Baylor Law Review*, vol. 63, núm. 2, 2011, pp. 317-367.

Bibliografía

BLÁZQUEZ CRUCES, C., “Acumulación subjetiva de acciones en materia de preferentes”, *Noticias Jurídicas*, marzo 2014.

BLOCH, F. S., “Access to Justice and the Global Clinical Movement”, *Journal of Law & Policy*, vol. 28, 2008, pp. 111-139.

BOURGOIGNIE, T., “Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 24, 1992, pp. 27-38.

BRADGATE, R., “Experience in the United Kingdom”, *The Integration of Directive 93/13 into the National Legal Systems*, pp. 26-45.

BRUMMER, C., “What Soft Law Dominates International Finance – and not Trade?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, núm. 3, 2010, pp. 623-643.

CAFFERA, G., y MANTERO MAURI, E., “La ejecución del fideicomiso de garantía”, *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, núm. 1, 2013, pp. 55-64.

CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 84-117.

Ídem, “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJE 3 Junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2013.

CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement”, *Modern Law Review*, 1993, pp. 282-296.

CAPPELLETTI, M., GARTH, B., “Access to Justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978, pp. 197-227.

CARBALLO FIDALGO, M., “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2010.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Recomendación de la Comisión Europea sobre los Principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013)”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 65, núm. 2, 2013, pp. 395-399.

CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca en la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 126-163.

CARRASCO PERERA, A. y LYCZKOWSKA, K., “STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 1-13.

CARRASCO PERERA, A., “«Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 7-52.

Ídem, “La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Centro de Estudios de Consumo*, Sección comentarios, núm. 4, pp. 1-9.

Bibliografía

Ídem, “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reconducirlas, moderarlas, ni modificarlas”, *Centro de Estudios de Consumo*, sección: Trabajos, 2012.

Ídem, “Normativa sobre protección del consumidor financiero contenida en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 151-155.

CARRASCOSA, A. y DELGADO ALFARO, M, “Saneamiento y reestructuración del sector financiero”, *Economistas*, núm. 138-139, 2014, pp. 69-74.

CARULLA BENÍTEZ, P., “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, 2001.

CASSINELLO PLAZA, N., “Impacto de la crisis financiera de 2007 en la regulación y gestión de la liquidez en la banca europea a través de los acuerdos de Basilea”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 89, 2013, pp. 73-93.

CASTAÑEDA, J. E., “El consumidor ante nuevas formas de banca: el banco virtual”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10, 2000, pp. 405-421.

CASTELLÓ MUÑOZ, E., “La apuesta por la calidad en el sector bancario español”, *Boletín de estudios económicos, Universidad Complutense de Madrid*, vol. LI, núm. 157, 1996, pp. 47-66.

Ídem, “La protección del cliente de servicios financieros”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pp. 69-88.

CASTILLA CUBILLAS, M., “Sobre la abusividad de las cláusulas de "suelo" hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2011, pp. 177-192.

CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, *Revista de Mediación*, año 6, núm. 12, 2013, pp. 22-29.

CHIRITA, A. D., “The Impact of Directive 2011/83/EU on Consumer Rights”, *Ius Commune Law Series*, febrero, 2012.

CILLERO DE CABO, P., “Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 57, 2001, pp. 154-160.

CLARK, E., CHO, G., y HOYLE, A., “Online dispute Resolution: Present Realities, Pressing Problems and Future Prospects”, *International Review of Law, computers & Technology*, 2010.

CLIMENT DIRANZO, F. J., MOMPALER PECHUAN, A., “La consolidación de la banca on line en España durante el período 2005-2009”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, núm. 858, enero-febrero 2011, pp. 159-177.

COBAS COBIELLA, M. E., “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp. 153-172.

Ídem, “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 160, 2014, pp. 5-40.

Bibliografía

COEN, B., “The Basel Committee on Banking Supervision: Its Global Role and Current Initiatives”, en *United Nation’s General Assembly Working Group on the World Financial and Economic Crisis and its Impact on Development*, Nueva York, 3 de mayo de 2010.

CONDE RODRÍGUEZ, C., “Las cooperativas de crédito en España”, *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, núm. 61, 1995, pp. 127-140.

CONNERTY, A., “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, *Arbitration International*, vol. 12, núm. 1, 1996, pp. 47-55.

CORDERO LOBATO, E., “¿Protección sectorial y protección consumerista general? De minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 1-8.

Ídem, “Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 129-133.

Ídem, “Y ahora viene lo difícil: ¿Cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, pp. 26-34.

CORDÓN MORENO, F., “De nuevo sobre legitimación”, *RDP*, núm. 1, 1997, pp. 79-80.

CORTÉS GARCÍA, F. J. y BELMONTE UREÑA, L. J., “La base social de las cooperativas de crédito. La importancia de la responsabilidad social corporativa”. *Revista de Estudios Empresariales*, núm. 2, 2010, pp. 35-53.

COWEN, J., BLAIR, W. y TAYLOR, S., “Personal financial planning education in Australian Universities”, *Financial Services Review*, vol. 15, pp. 43-57.

CRUZ VILLALÓN, P., “Medios alternativos y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 11, 2008, pp. 15-26.

CUENCA MIRANDA, J. M., “Autorregulación y mercados financieros”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 801, 2002, pp. 123-144.

CULL, M., “The rise of the financial planning industry”, *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 26-37.

DAVIES, R., RICHARDSON, P., KATINAITE, V. y MANNING, M., “Evolution of the UK system”, *Quarterly Bulletin*, 2010, Q4, pp. 321-332.

DAVIS, W., TURKU, H., “Access to Justice and Alternative Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2011, núm. 1, 2011, pp. 47-65.

DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R., “El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz”, *Revista de Derecho*, vol. 9, núm. 9, 2008, pp. 65-79.

DÍAZ MORENO, A., “Saneamiento del sector financiero”, *Derecho de los negocios*, Año 23, núm. 259, 2012, pp. 28-31.

DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., “Transposición de MiFID en España”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 19, 2008, pp. 15-24.

Bibliografía

DOMINGO, P., “Rule of Law, Citizenship and Access to Justice in Mexico”, *Mexican Studies*, vol.15, núm. 1, 1999, pp.151-191.

DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Servicios de Reclamaciones en materia financiera”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 32, núm. 129, 2013, pp. 318-320.

EBERS, M., “Comparative Analysis. C. Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, *Consumer Law Compendium*, pp. 341-438.

Ídem, “De la armonización mínima a la armonización plena. La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2010.

EDLING, A., “La experiencia Sueca: el Ombudsman del Consumidor”, *Estudios de Consumo*, núm. 24, Instituto Nacional de Consumo, 1992, pp. 72-79.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 213, 1994, pp. 461-504.

ESCRIBANO PINTOR, S. y ENCINAS DUVAL, B., “La generación de rentabilidad en el actual modelo de negocio de las Cajas Rurales”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2988, 2010, pp. 33-45.

ESPLUGUES MOTA, C. y MCNERNEY, M., “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law”, *Boston College International and Comparative Law Review Boston College International and Comparative Law Review*, 1986, pp. 47-73.

ESPLUGUES MOTA, C., “Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de la*

Corte Española de Arbitraje Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1986, pp. 11-28.

ESTAVILLO CASTRO, F., “Mecanismos alternativos de solución de controversias”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, pp. 373-406.

FARRANDO MIGUEL, I., “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios de Consumo*, núm. 56, 2001, pp. 99-164.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., “El alcance de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo sobre ejecución hipotecaria”, *Món Jurídic*, 276, 2013, pp. 8-9.

FERRAN, E., “Dispute resolution mechanisms in the U.K. financial sector”, *Civil Justice Quarterly*, núm. 21, 2002, pp. 135-155.

Ídem, “Regulatory lessons from the payment protection insurance mis-selling scandal in the UK”, *European Business Organization Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2012, pp. 247-270.

FIDALGO LÓPEZ, A., “El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008”, *Actualidad civil*, núm. 13, 2009.

FINANCIAL PLANNING ASSOCIATION OF AUSTRALIA LIMITED, “Face of remuneration set to change”, *Financial Planning*, vol. 20, núm. 10, 2008.

FULLER, L. L., “Mediation – Its forms and Functions”, *Southern California Law Review*, núm. 44, 1971, pp. 305-312.

Bibliografía

GALANTER, M., “Access to Justice in a World of Expanding Social Capability”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2009, pp. 115-128.

GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones Independientes en el ámbito económico”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 171, 2006, p. 139-179.

GARCÍA CUETO, E., “Las cláusulas suelo: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *La notaria*, núm. 2, 2013, pp. 94-96.

GARCÍA DE PABLOS, J. F., “La cláusula suelo de las hipotecas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, pp. 207-210.

GARCÍA GARCÍA, C. E., ROMERO MEDINA, A., “La expansión de la banca on line en España”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, núm. 813, febrero 2004, pp. 89-99.

GARCÍA MARTÍNEZ, F., “El Real Decreto-Ley 2/2012 de Saneamiento del Sector Financiero”, *Partida doble*, núm. 242, 2012, pp. 14-21.

GARCÍA MONTALVO, J., “Crisis financiera, reacción regulatoria y el futuro de la banca en España”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 32, núm. 2, 2014, pp. 497-528.

Ídem, “Vuelta a la «banca aburrida» en la era del desapalancamiento y la nueva regulación financiera”, *Cuadernos de Información económica*, núm. 238, 2014, pp. 47-58.

GARCÍA MONTORO, L., “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, pp. 240-244.

GARCÍA RUBIO, M. P., “Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2141, 2012, pp. 2-14.

GARCÍA TALLÓN, M. L., “La protección de los consumidores de servicios financieros en el sistema español. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *ASFI*, 2007.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Contratación bancaria y consumo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, 1988, pp. 259-328.

GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “Protección de clientes bancarios”, *Revista del Colegio de Abogados de Bizkaia*, núm. 206, 2011, pp. 12-13.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “El derecho bancario: consideraciones generales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, pp. 243-306.

GARRIGUES, “Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros de los órganos de administración y de los titulares de funciones clave”, *Novedades Mercantil*, núm. 5, 2013.

GENTO MAHUENDA, P., “El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 14-37.

GILAD, S., “Accountability or Expectations Management?”, *Law&Policy*, vol. 30, núm. 2, 2008, pp. 227-253.

Ídem, “Exchange without capture: the UK Financial Ombudsman Service’s struggle for accepted domain”, *Public Administration*, vol. 86, núm. 4, 2008, pp. 907-924.

Ídem, “Juggling Conflicting Demands: The Case of the UK Financial Ombudsman Service”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, núm. 19, 2008, pp. 661-680.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El diriban y el serdi, dos procedimientos de resolución de conflictos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2000, pp. 1661-1668.

GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional de Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2012.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 116-128.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La protección de los consumidores vulnerables en el Derecho del consumo de la UE [El Programa Plurianual para el periodo 2014-2020]”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, pp. 92-109.

Ídem, “La transposición de la Directiva 2011/83/UE al Derecho del Reino Unido: *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 130-145.

GOOHART, C. A. E. y LASTRA, R. M., “Border Problems”, *Journal of Economic Law*, vol. 13, núm. 3, pp. 705-718.

GRAY, J., “Financial ombudsman’s statutory powers: successful High Court Challenge by financial adviser firms”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 15, núm. 4, pp. 487-491.

Ídem, “Legality of payment protection insurance compensation agreements examine don judicial review”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 19, núm. 4, pp. 396-406.

GUZMÁN FLUJA, V. C. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación de acciones: arts. 71 a 73 LEC”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

HAMILTON, P., “Dispute resolution of financial services cases in England: any place for class actions?”, *Butterworths Journal of Banking and Financial Law*, vol. 27, núm. 7, 2012, pp. 395-398.

HEIDERHOFF, B., KENNY, M., “The Commission’s 2007 Green Paper on the Consumer Acquis: Deliberate Deliberation”, *European Law Review*, 35, 2007, pp. 740-751.

HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El servicio bancario de cajas de seguridad”, *Revista de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 3, 1999, pp. 91-102.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, pp. 27-48.

HÖRNLE, J., “Encouraging online alternative dispute resolution (ADR) in the EU and beyond”, *European Law Review*, 2013, pp. 187-208.

Bibliografía

HOWCROFT, B., HEWER, P. y DURKIN, M., “Banker-Customer Interactions in Financial Services”, *Journal of Marketing Management*, núm. 19, 2003, pp. 1001-1020.

HUGHES, P., “Law Commissions and Access to Justice: What Justice Should We Be Talking about?”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, 2008, pp. 777-806.

IBARRONDO DÁVILA, P. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, J., “Tendencias estratégicas de las cajas de ahorro y las cajas rurales españolas”, *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 119-142.

IGNACIO FARRANDO, M., “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 56, 2001, pp. 158-163.

JAMES, R., “The new dispute resolution system in the U.K. financial services industry”, *Journal of International Financial Markets*, vol. 4, núm. 6, pp. 191-199.

JEFFERIES, R., “Alternative dispute resolution and the ombudsman”, *Arbitration*, vol. 62, núm. 1, 1996, pp. 67-69.

KARSTEN, J. y PETRI, G., “Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission’s 2004 Communication «European Contract Law and the revision of the acquis: The way forward»”, *Journal of Consumer Policy*, 28, 2005, pp. 31-51.

KARSTEN, J. y SINAI, A. R., “The Action Plan on European contract Law: Perspectives for the future of European Contract Law and EC Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 26, 2003, pp. 159-195.

KAYE, B., “Compliance and corporate culture: making the most out of codes of ethics”, *Australian Journal of Management*, vol. 21, núm. 1, 1996, pp. 1-12.

KELSALL, R. J., “End of the road of PPI claims? Borrowers’ appeal withdrawn”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 27, núm. 9, 2012, pp. 587-588.

KRASNIKOV, A., JAYACHANDRAN, S., Y KUMAR, V., “The Impact of Customer Relationship Management Implementation on Cost and Profit Efficiencies: Evidence from the U.S. Commercial Banking Industry”, *Journal of Marketing*, 2009, vol. 73, núm. 6, pp. 61-76.

KUCSKO-STADLMAYER, G., “The Spread of the Ombudsman Idea in Europe”, *IOI Publications world conference*, Stockholm 2009.

KUNNECKE, A., “New standards in EU Consumer Rights Protection? The new Directive 2011/83/EU”, *European Scientific Journal*, febrero 2014, pp. 426-437.

LAMO DE ESPINOSA, J. Y DE CHAMPOURCIN, M., “Cajas de ahorro y cajas rurales, dos modelos bien diferentes”, *Vida rural*, núm. 346, 2012, pp. 5-7.

LABARDINI INZUNZA, A., “El sistema bancario actual: ¿Para quién y para qué?”, *Boletín del G20*, núm. 13, septiembre de 2012.

LASTRA, R. M., y GARICANO, L., “Towards a new Architecture for Financial Stability: Seven Principles”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, núm. 3, 2010, pp. 597-621.

LAVILLE, R., “Open justice at the FOS”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 27, núm. 9, octubre de 2012, pp. 570-571.

Bibliografía

LEIBLE, S., “El futuro del Derecho Privado europeo”, *Diario La Ley*, núm. 7085, 2008, pp. 1-4.

LETE ACHIRICA, J., “Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2000, pp. 635-649.

LOMNICKA, E. Z., “Reforming U.K. financial services regulation: the creation of a single regulator”, *Journal of Business Law*, septiembre 1999, pp. 480-489.

LOZANO CORREA, L., “¿Puede un Med/Arb actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, año 5, núm. 10, 2012, pp. 50-54.

MACDONALD, R., “Access to Justice and Law Reform”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 19, 2001, pp. 317-326.

Ídem, “Theses on Access to Justice”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 7, 1992, pp. 23-45.

MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el Comercio Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013, pp. 398-427.

MACNEIL, I., “Consumer dispute resolution in the UK financial sector: the experience of the Financial Ombudsman Service”, *Law and Financial Markets Review*, noviembre 2007, pp. 515-524.

MARCO COS, J. M., “La protección del cliente de la entidad de crédito”, *CDC*, núm. 17, 1995, pp. 107-141.

MARCOS FRANCISCO, D., “Nueva perspectiva del Arbitraje de consumo a la luz del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador

del Sistema Arbitral de Consumo”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 16, 2008.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario de la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo. (Ley 16/2011, de 24 de junio)”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2011.

Ídem, “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *AFDUAM*, núm. 11, 2008, pp. 123-150.

Ídem, “El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 9-16.

Ídem, “La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008)”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2008.

Ídem, “Objeto y límites del arbitraje de consumo”, *Cuadernos de Consumo*, núm. 23, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005.

MARRINAN QUINN, P., “Why an ombudsman?”, *Arbitration*, vol. 65, núm. 1, 1999, pp. 66-71.

MARSHALL, M. y REIF, L., “The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution”, *Alberta Law Review*, 1995, núm. 34, pp. 215-220.

MARSHALL, P. y HELME, N., “The Financial Ombudsman Service and claims against insolvent respondents: a problem exacerbated by *Andrews v SBJ Benefits Consultants?*”, *Journal of International and Financial Law*, vol. 26, núm. 2, 2011, pp. 69-71.

MARTÍN ACEÑA, P., MARTÍNEZ RUIZ, E. y NOGUES MARCO, P., “The Bank of Spain: a national financial institution”, *Documentos de Trabajo*, núm. 1205, Asociación Española de Historia Económica, Madrid, 2012.

Bibliografía

MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica Española*. La Ley, tomo 3, 2006, pp. 1637-1654.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nulidad de «cláusulas suelo» de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 30 septiembre 2010”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 121, 2011, pp. 209-239.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. y ERVO, L., “Class action – a solution to access to justice problems in consumer cases? Some thoughts between the North, South and Europe”, *Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, 2013, pp. 207 – 229.

MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, 2011, pp. 279-284.

MARTINEZ, E., y VIDRIERAS, C., “La Directiva 2011/83/UE y su transposición en diversos Estados miembros: ¿No hubiera sido mejor adoptar un Reglamento?”, *BoDiAICo*, núm. 5, 2014, pp. 3-12.

MELIÁN NAVARRO, A., “Divergencias legislativas de las secciones de crédito de las cooperativas en España”, *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 51, 2005, pp. 131-166.

MELIÁN NAVARRO, A., CAMPOS CLIMENT, V. y SANCHÍS PALACIO, J. R., “Análisis de las fusiones entre cajas rurales y su influencia en las cooperativas agrarias. El caso valenciano en España”, *Innovar: revista de ciencias administrativas y sociales*, vol. 21, núm. 41, 2011, pp. 91-110.

MENDOZA LOSANA, A. I., “Servicios de Atención al Cliente en la Ley 3/2014, otra oportunidad desaprovechada”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 89-103.

MENÉNDEZ ALZAMORA, M., “Derecho a la información y autocontrol: los límites profesionales a la libertad de expresión”, *Communication & Society*, vol. 6, núm. 1 y 2, 1993, pp. 189-196.

MERRICKS, W., “The Financial Ombudsman Service: not just an alternative to Court”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 15, núm. 2, 2007, pp. 135-142.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 223-252.

MOLLAR PIQUER, M. P. y VILAR GONZÁLEZ, S., “El consumidor frente a la ejecución hipotecaria”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 46, 2013, pp. 1-40.

MONTESINOS GARCÍA, A., “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR”, *Redur, Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, diciembre 2014.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., “Introducción al Derecho Procesal”, 2003. B.D.: <http://marisolcollazos.es/procesal-penal/Introduccion-derecho-procesal.pdf>

MORENO LISO, L. “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 122, 2011, pp. 47-86.

MORRIS, S. y MCHAFFIE, A., “Handling Complaints & Dealing with FOS”, *RegZone*, noviembre 2011.

Bibliografía

MOSHER, J. E., “Lessons in Access to Justice: Racialized Youths and Ontario’s Safe Schools”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 46, 2008, pp. 807-851.

MUÑOZ VIDAL, A. B., “Derecho público y privado en la regulación de las cooperativas de crédito”, *Estudios cooperativos*, núm. 47, 1979, pp. 37-66.

NADER, L., “Disputing Without the Force of Law”, *The Yale Law Journal*, núm. 88, 1979, pp. 998-1021.

NALBANTIAN, E. J., “Living wills and cross-border resolution of Banks”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 26, núm. 10, 2011, pp. 639-641.

NOBLES, R., “Rules, Principles and Ombudsmen: Norwich and Peterborough Building Society v the Financial Ombudsman Service”, *Modern Law Review*, vol. 66, 2003, pp. 781-791.

NORTON, J. J., “Global Financial Sector Reform: The Single Financial Regulator Model Based on the United Kingdom FSA Experience –A Critical Reevaluation”, *The International Lawyer*, vol. 39, núm. 1, 2005, pp. 15-62.

O’CALLAGHAN, X., “Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril)”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 54, 2000, pp. 115-143.

OCHOA MALDONADO, O. A., “El autorregulador del mercado de valores: instrumento para la profundización e integridad del mercado de activos financieros”, *Punto de Vista*, vol. IV, núm 6, 2013, pp. 85-107.

ORDÁS ALONSO, M., “El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de

2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de créditos al consumo por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2008, pp. 2673-2727.

ORTUÑO MUÑOZ, J. P., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documentos de trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, núm. 110, 2007.

OTERO CRESPO, M., “Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?”, *Boletín CeDe USC*, noviembre 2013.

OTERO LASTRES, J. M., “La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 16, núm. 4, 1977, pp. 759-776.

OVEY, E., “Loans and payment protection insurance: an optional policy win for the Black Horse”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 26, núm. 2, febrero 2011, pp. 72-74.

PAISANT, G., “La Directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs”, *La semaine juridique – Édition Générale*, núm. 3, 2012, pp. 103-111.

PALÁ LAGUNA, R., “Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2010.

PALAU RAMÍREZ, F., “Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 5, 2011, pp. 125-147.

Bibliografía

PANADÈS ESTRUCH, L., “La potestad reglamentaria de las Administraciones Independientes”, *Addenda Review*, 2011, núm. 4, pp. 7-10.

PANCORBO LÓPEZ, M. L., “El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como órgano de resolución de controversias bancarias y de protección de la clientela bancaria”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 237, 2001, pp. 967-1012.

PAPPAS, B. A., “Med-Arb: The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True, a Response to Weisman”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 19, núm. 3, 2013, pp. 42-44.

PARDO GATO, J. R., “La acción de cesación como medio de protección de los intereses colectivos y de los Intereses difusos de los consumidores y usuarios”, *Estudios de Consumo*, núm. 69, 2002, pp. 29-45.

PARK, W. W., “Arbitration in Banking and finance”, *Annual Review of Banking Law*, vol. 17, 1998, pp. 213-285.

PATERSON, J., “The Australian Unfair Contract Terms Law: the rise of substantive unfairness as a ground for review of standard for customer contracts”, *Melbourne University Law Review*, vol. 33, 2009, pp. 934-956.

PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, *Cuadernos de Derecho judicial (Ejemplar dedicado a arbitraje, mediación, conciliación)*, núm. 27, 1995, pp. 9-45.

PEPPARD, J., “Customer Relationship Management (CRM) in financial services”, *European Management Journal*, vol. 18, núm. 3, 2000, pp. 312-327.

PÉREZ CONESA, C., “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 39-47.

PERRIN, H., “Alternative Dispute Resolution (ADR) – An Overview of some Common Mechanisms, and their Strengths and Weaknesses in Context”, *Plymouth Law and Criminal Justice Review*, vol. 1, 2014, pp. 70-71.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013.

PETRAUSKAS, F., GASIŪNAITĖ, A., “Alternative Dispute Resolution in the field of consumer financial services”, *Jurisprudencija*, vol. 19, núm. 1, 2012, pp. 179-194.

PHILLIPS, G. F., “Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold?”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 60, núm. 2, 2005, pp. 24-30.

PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8097, 2013.

POMARES MARTÍNEZ, J., “Las cajas rurales en España”, *Revista agropecuaria*, núm. 483, 1972, pp. 445-449.

POSNER, R. A., “The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, núm. 2, 1986, pp. 366-393.

Bibliografía

POVEDA ANADÓN, R., “De Basilea I a Basilea III”, *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 102, 2011, pp. 47-69.

PROL, F. G., “El arbitraje financiero. Una aproximación desde España”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 6, núm. 3, 2013, pp. 715-797.

PWC, “Basilea III y los retos de la banca”, *Banca Comercial*, núm. 261, 2010.

RALUCA STROIE, I., “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 228-239.

RAMOS FERNÁNDEZ, F., “Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria”, *Revista de estudios de comunicación*, vol. 6, 2001, pp. 203-226.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A., “¿Se puede recobrar el capital invertido en participaciones preferentes?”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. XLVI, 2013, pp. 81-102.

RBA, “The Basel III. Capital Reforms in Australia”, *Financial Stability Review*, 2013, pp. 36-38.

REDING, V., “Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt”, *ZeUP* 1/2011, pp. 1-6.

REICH, N., “A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for consumers?”, *Journal of Consumer Policy*, 28, 2005, pp. 384-404.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Métodos alternativos de resolución de conflictos”, *emarketservices*, ICEX.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. A., RODRÍGUEZ PARADA, S. M., “La protección del cliente bancario ¿realidad o utopía?”, *Tribuna de Economía*, núm. 814, 2004.

RUBIO VILAR, J., “Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España: La experiencia del Servicio”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 3, 1996, pp. 519-568.

RUGGERI, L., “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 10, 2010.

SAMUEL, A., “Consumer financial services in Britain: new approaches to dispute resolution and avoidance”, *European Business Organization Law Review*, vol. 3, núm. 3, 2002, pp. 649-694.

Ídem, “The FSA complaint rules after the 2007/2008 changes: a critical view”, *Compliance Officer Bulletin*, núm. 59, 2008, pp. 1-41.

Ídem, “Reforming the FSA complaint rules: a return to the battlefield”, *Compliance Officer Bulletin*, núm. 24, 2005, pp. 1-33.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., “El arbitraje de consumo”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 40, 2007, pp. 101-140.

Ídem, “La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII, 2005, pp. 41-92.

Ídem, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. XLVI, 2013, pp. 39-62.

Bibliografía

SAN MARTÍN, J., “Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, núm. 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28.

SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., “La nueva regulación bancaria en materia de condiciones del crédito y defensa del cliente en el derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 27, 1987, pp. 503-540.

Ídem, “La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 10, núm. 38, 1990, pp. 319-344.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “En torno a los ombudsmen bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 26, 1984.

Ídem, “Proyecto de Real Decreto por el que se modifican los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno en las entidades de crédito”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 32, núm. 129, 2013, p. 330.

SANDEFUR, R. L., “Symposium issue: Civil legal representation and access to justice. Breaking point or opportunity for change: «The Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidence»”, *Seattle Journal for Social Justice*, núm. 9, pp. 51-85.

SANDER, F., “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, *University of Florida Law Review*, núm. 37, 1985, pp. 1-18.

SANKALP, J., “Legal Aspects of Banker-Customer Relationship: Loans and Advances”, *Working Paper Series*, 2012.

SCHWARCZ, D., “Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict”, *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, pp. 735-812.

SENEVIRATNE, M., “The Banks, the ombudsman and the complaints procedure”, *Civil Justice Quarterly*, núm. 13, 1994, pp. 253-269.

SERRANO, P., “El éxito financiero de las Cajas Rurales. Rayos de luz en las tinieblas de la crisis”, *Le Monde diplomatique en español*, núm. 213, 2013, p. 9.

SHWARTZ, M., “The nature of the relationship between corporate codes of ethics and behaviour”, *Journal of Business Ethics*, vol. 32, núm. 1, 2001, pp. 247-262.

SIDDIQUI, H. y TRIPATHI, N., “An analytical study of complaining attitudes: with reference to the banking sector”, *Journal of Targeting, Measurement and Analysis for Marketing*, vol. 18, núm. 2, pp. 119-137.

SIERRA FLORES, M., “El consumidor cualificado e informado en la compraventa online intracomunitaria”, *X Congreso Sainz de Andino sobre Derecho de la contratación internacional*, 2011, pp. 11-15.

SLOVIK, P. y COURNÈDE, B., “Macroeconomic Impact of Basel III”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 844, OECD Publishing, 2011.

SMITH S. y MARTÍNEZ, J., “An Analytical Framework for Dispute Systems Design”, *Harvard Negotiation Law Review*, núm. 14, 2009, pp. 123-169.

SMITH, H., “Financial regulatory developments”, *Law and Financial Markets Review*, vol. 3, núm. 3, mayo de 2009, pp. 289-299.

SOLER TORMO, F. y MELIÁN NAVARRO, A., “Cooperativas de crédito y banca social: viejas y nuevas respuestas éticas y solidarias a

problemas de siempre”, *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, núm. 109, 2012, pp. 45-80.

SUSSMAN, E., “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 71-73.

TAX, S. y BROWN, S., “Recovering and learning from service failure”, *Sloan Management Review*, vol. 49, núm. 1, 1998, pp. 75-88.

THOMAS, D. y FRIZON, F., “Resolving Disputes between consumers and financial businesses: Fundamentals for a financial ombudsman. A practical guide based on experience in Western Europe”, *The World Bank. Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy*, enero 2012.

TOLLEMACHE, N., “Taking the Ombudsman concept into the private sector: notes on the Banking Ombudsman Scheme in New Zealand”, *Victoria U. Wellington Law Review*, núm. 26, 1996, pp. 233-245.

URBANEJA CILLÁN, J., “La reestructuración del sistema financiero español. El proceso de reforma tras la asistencia financiera a la banca española”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 32, 2014, pp. 1-46.

USTÁRIZ GONZÁLEZ, L. M., “El Comité de Basilea y la Supervisión Bancaria”, *Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana*, 2003, pp. 431-462.

VALL RIUS, A., “La intermediación en problemáticas hipotecarias”, *Revista Digital MM*, 2012.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La negociación y mediación hipotecaria”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, núm. 1, 2013, pp. 81-107

Ídem, “Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 27, 2011, pp. 17-33.

VICENT CHULIÁ, F., “La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 18, 2013, pp. 23-49.

VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S., “Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe”, *Análisis Financiero*, núm. 120, 2012, pp. 6-17.

VILLALBA CUÉLLAR, J. C., “La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano”, *Vniversitas*, núm. 119, 2009, pp. 305-340.

VILLASEÑOR DÁVALOS, J., L., “El «trust» angloamericano y el fideicomiso mejicano”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 6, 1965, pp. 353-378.

VIVES MARTÍNEZ, G., “Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley 13 de abril de 1998 de Condiciones Generales de la Contratación. Sentencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999, pp. 1297-1328.

WEISMAN, M. C., “Med-Arb: The Best of Both Worlds”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 19, núm. 3, 2013, pp. 40-41.

Bibliografía

WELCH, K. A., “No Notice Is Good News: Notice under the New Ombuds Standards for the Establishment and Operation of Ombuds Offices Note”, *Journal of dispute Resolution*, 2005, pp. 193-208.

WOODLEY, A. E., “Saving the Summary Jury Trial: A Proposal to Halt the Flow of Litigation and End the Uncertainties”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1995, issue 2, article 1, pp. 214-298.

YANES YANES, P., “El control de la «cláusula suelo»”, *El Notario del Siglo XXI: Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 43, 2012.

YOKOI-ARAI, M., “A comparative analysis of the financial ombudsman systems in the UK and Japan”, *Journal of International Banking Regulation*, vol. 5, núm. 4, 2004, pp. 333-344.

YOUNG, M., PULLEN, A., FREEMAN, J., “Demystifying the use of arbitration clauses in international finance documents”, *Journal of International Banking and Financial Law*, junio 2012, pp. 357-360.

ZELAIA ULIBARRI, A., “Política de defensa del usuario de servicios financieros. Bases conceptuales”, *Boletín JADO*, año IX, núm. 20, 2010, pp. 201-214.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, abril-junio 2013, pp. 239-271.

PÁGINAS WEB DE REFERENCIA

Asociación Española de Historia Económica

www.aehe.net

Asociación Europea de Arbitraje

<http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org>

Australian Government ComLaw

<http://www.comlaw.gov.au>

Australian Prudential Regulation Authority

<http://www.apra.gov.au/aboutapra/Pages/default.aspx>

Australian Securities and Investment Commission

<http://www.asic.gov.au/>

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

<https://www.asfi.gob.bo>

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria

<https://www.bbva.es>

Banco de España

<http://www.bde.es>

Banco Santander

<https://www.bancosantander.es>

Bank of England

<http://www.bankofengland.co.uk/Pages/home.aspx>

Bankia

<http://www.bankia.es/>

Base de Legislación de Reino Unido

<http://www.legislation.gov.uk>

British and Irish Legal Information Institute

<http://www.bailii.org/>

Bundestag

<http://www.bundestag.de>

Centro de Estudios de Consumo, UCLM

<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

Comisión Europea

<http://ec.europa.eu>

Comisión Nacional del Mercado de Valores

<http://www.cnmv.es>

Comité de Basilea

<http://www.bis.org/bcbs/>

Defensor del Pueblo

<http://www.defensordelpueblo.es>

European Banking Authority

<http://www.eba.europa.eu>

Financial Conduct Authority

<http://www.fca.org.uk/>

Financial Ombudsman Service (Australia)

<http://www.fos.org.au/>

Financial Ombudsman Service (United Kingdom)

<http://www.financial-ombudsman.org.uk/>

Financial Service Authority

<http://www.fsa.gov.uk/>

Instituto Nacional de Estadística

<http://www.ine.es>

International Ombudsman Association

<http://www.ombudsassociation.org>

Mediación del ICAV

<http://www.mediacion.icav.es>

Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España

http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/

Ministerio de Economía y Competitividad

<http://www.mineco.gob.es/>

Naciones Unidas

<http://www.un.org>

Parliament of Australia

<http://www.aph.gov.au/>

Prudential Regulation Authority

<http://www.bankofengland.co.uk/pru/pages/default.aspx>

Reserve Bank of Australia

<http://www.rba.gov.au/>

Unicaja Banco

<https://www.unicaja.es>

JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, Asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, de 17 de julio de 2014
- STJUE, Asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), de 14 de marzo de 2013
- STJUE, Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECR I-4785, de 3 de junio de 2010

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC núm. 259/1993, de 20 de julio de 1993 (B.D. Westlaw, RTC 1993\259)
- ATC núm. 326/1993, de 28 de octubre de 1993 (B.D. Westlaw, RTC 1993\326)
- STC núm. 1/1982, de 28 de enero de 1982 (B.D. Westlaw, RTC 1982\1)
- STC núm. 108/1993, de 25 de marzo de 1993 (B.D. Westlaw, RTC 1993\108)
- STC núm. 134/1992, de 5 de octubre de 1992 (B.D. Westlaw, RTC 1992\134)

- STC núm. 135/1992, de 25 de septiembre de 1992 (B.D.Westlaw, RTC 1992\135)
- STC núm. 149/1995, de 16 de octubre de 1995 (B.D. Westlaw, RTC 1995\149)
- STC núm. 15/1984, de 6 de febrero de 1984 (B.D. Westlaw, RTC 1984\15)
- STC núm. 15/1989, de 26 de enero de 1989 (B.D.Westlaw, RTC 1989\15)
- STC núm. 155/1993, de 6 de mayo de 1993 (B.D. Westlaw, RTC 1993\155)
- STC núm. 176/1996, de 11 de noviembre de 1996 (B.D. Westlaw, RTC 1996\176)
- STC núm. 178/1992, de 13 de noviembre de 1992 (B.D. Westlaw, RTC 1992\178)
- STC núm. 194/2004, de 10 de noviembre de 2004 (B.D. Westlaw, RTC 2004\194)
- STC núm. 197/1996, de 28 de noviembre de 1996 (B.D. Westlaw, RTC 1996\197)
- STC núm. 203/1993, de 17 de junio de 1993 (B.D.Westlaw, RTC 1993\203)
- STC núm. 204/1993, de 17 de junio de 1993 (B.D. Westlaw, RTC 1993\204)
- STC núm. 235/1999, de 16 de diciembre de 1999 (B.D. Westlaw RTC 1999\235)

Jurisprudencia

- STC núm. 275/2000, de 16 de noviembre de 2000 (B.D. Westlaw, RTC 2000\275)
- STC núm. 288/1993, de 4 de octubre de 1993 (B.D. Westlaw, RTC 1993\288)
- STC núm. 291/2005, de 10 de noviembre de 2005 (B.D. Westlaw, RTC 2005\291)
- STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre de 1981 (B.D. Westlaw, RTC 1981\37)
- STC núm. 44/1984, de 27 de marzo de 1984 (B.D. Westlaw, RTC 1984\44)
- STC núm. 48/1988, de 22 de marzo de 1988 (B.D. Westlaw RTC 1988\48)
- STC núm. 49/1988, de 22 de marzo de 1988 (B.D. Westlaw RTC 1988\49)
- STC núm. 50/1990, de 26 de marzo de 1990 (B.D. Westlaw, RTC 1990\50)
- STC núm. 62/1991, de 22 de marzo de 1991 (B.D. Westlaw, RTC 1991\62)
- STC núm. 72/1983, de 29 de julio de 1983 (B.D. Westlaw, RTC 1983\72)
- STC núm. 87/1993, de 11 de marzo de 1993 (B.D. Westlaw RTC 1939\87)
- STC núm. 96/1996, de 30 de mayo de 1996 (B.D. Westlaw, RTC 1996\96)

- STC núm. 99/1985, de 30 de septiembre de 1985 (B.D. Westlaw, RTC 1985\99)

III. TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 178/1992, de 14 de septiembre de 1992 (B.D. Westlaw, RTC 1992\178)
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (B.D. Westlaw, RJ 2013\3088)
- STS núm. 429/2009, de 22 de junio de 2009 (B.D. Westlaw, RJ 2009\4703)

IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP Madrid, Sección 19ª, núm. 212/2006, de 14 julio de 2006 (B.D. Westlaw, AC 2006\2056)
- SAP Asturias, Sección 5ª, de 21 de enero de 2004 (B.D. Westlaw, AC 2004\14)
- SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 16 de febrero de 2002 (B.D. Westlaw, JUR 2002\102109)
- SAP Lleida, Sec. 2ª, núm. 35/2008, de 1 de febrero de 2008 (B.D. Westlaw, JUR 2008\138002)
- SAP Madrid, Sección 12ª, núm. 506/2011, de 30 de junio de 2011 (B.D. Westlaw RJ\2011\347818)