

EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DEL CLIENTE DE SERVICIOS BANCARIOS¹

Pascual Martínez Espín

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Las siguientes páginas tienen por objeto el análisis de las novedades más importantes que la normativa supone en materias tales como: información precontractual y contractual, asesoramiento mediante precio, servicios bancarios vinculados, depósitos, préstamo responsable y evaluación de la solvencia, y, finalmente, normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios (información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, cláusulas suelo y techo).

Palabras clave: transparencia bancaria.

Title: The regime of transparency and customer protection for banking services

Abstract: The following pages are aimed at the analysis of the most important legislation in areas such as pre-contractual and contractual information, advice by price, related banking services, deposits, responsible lending and solvency assessment, and finally, rules on loans and mortgages (additional information on instruments hedging interest rate, floor and ceiling clauses).

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

Keywords: bank transparency.

SUMARIO. 1. Antecedentes. 2. Objeto. 3. Disposiciones generales aplicables a todos los servicios bancarios. 3.1. Ámbito de aplicación. 3.2. Comisiones. 3.3. Tipos de interés. 3.4. Publicidad. 3.5. Información precontractual. 3.6. Información contractual. 3.7. Comunicaciones al cliente. 3.8. Explicaciones adecuadas. 3.9. Asesoramiento en materia bancaria. 3.10. Requisitos de forma e información resaltada. 3.11. Servicios bancarios vinculados. 3.12. Deber de diligencia en ejecución de órdenes y corrección de errores. 3.13. Régimen sancionador. 4. Los depósitos. 4.1. Depósitos a la vista. 4.2. Depósitos de garantía con garantía del principal. 4.3. Publicidad y documentación contractual. 5. Créditos, préstamos y servicios de pago. 5.1. Préstamo responsable. 5.2. Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. 5.2.1. Disposiciones generales. 5.2.2. Información precontractual. 5.2.2.1. Guía de acceso al préstamo hipotecario. 5.2.2.2. Ficha de información precontractual. 5.2.2.3. Ficha de información personalizada. 5.2.2.4. Oferta vinculante. 5.2.2.5. Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés. 5.2.2.6. Información adicional sobre cláusulas suelo y techo. 6. Tipos de interés. 6.1. Tipos de interés variable. 6.2. Tipos de interés oficiales. 6.3. Índice y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés. 7. Documento contractual y acto de otorgamiento. 7.1. Documentación contractual. 7.2. Acto de otorgamiento. 8. Tasa anual equivalente. 9. Hipoteca inversa. 10. Normas relativas a los créditos al consumo. 11. Normas relativas a los servicios de pago. 12. Consideraciones críticas.

El pasado 29 de octubre de 2011 fue publicada en el BOE la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Las páginas que se desarrollan a continuación tienen por objeto el análisis de esta Orden que, salvo dos excepciones, entró en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». La primera excepción se refiere a lo previsto en el capítulo II del título III, a excepción de la sección 3ª, que entró en vigor a los nueve meses de la publicación de esta orden en el «Boletín Oficial del Estado». Asimismo, la previsión a la que se refiere el apartado 4 del artículo 9 comenzará a aplicarse en 2014 sobre los servicios prestados el año anterior.

1. Antecedentes

La normativa de transparencia ha partido del desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. El primer desarrollo reglamentario tuvo lugar hace ya más de dos décadas. La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito ha sido, desde entonces, el marco general de la regulación de las cuestiones esenciales sobre el tráfico financiero minorista como son, por ejemplo, las comisiones, los tipos de interés o las comunicaciones con el cliente. Más tarde, con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, a mediados de los noventa entró en vigor la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia

de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. La legislación financiera de transparencia ha seguido avanzando en determinados sectores. Es el caso de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, dedicada a este servicio bancario específico; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que extiende el régimen de transparencia a otros intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito; y en el rango reglamentario, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

No obstante, la normativa común o general de transparencia española (Órdenes ministeriales de 1989 y 1995 y Circular 8/1990 del Banco de España que las desarrolla) ha quedado obsoleta. De un lado, debido a los avances de la regulación sectorial en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad. Y, de otro, a causa de la enorme transformación que la comercialización de servicios bancarios ha experimentado desde los años noventa hasta la actualidad, motivada por la enorme expansión del crédito, especialmente hipotecario, al aumento y completa generalización del acceso minorista a los servicios bancarios, la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad, la difusión del empleo de las nuevas tecnologías en las relaciones con los clientes y, cómo no, debido también a la profunda crisis del sector financiero durante los años más recientes.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, trató de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria en un doble sentido: Por un lado, mediante el fomento de la responsabilidad en el préstamo. Para ello, la citada ley ha establecido no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (lo que ya se hacía), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos. Y por otro lado, la citada ley ha facultado expresamente a la Ministra 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 (art. 29.2).

2. Objeto

La Orden Ministerial tiene por objeto 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.

Lo primero que llama la atención es que la norma sigue hablando de "cliente bancario" y no de "consumidor" por lo que, de un lado, carecemos de una protección que se dirija prioritariamente al consumidor bancario y, de otro lado, en su ámbito de aplican entran empresas que, por definición, disponen de

mayores capacidad y recursos para negociar y defenderse ante una entidad de crédito.

La norma viene a cumplir un triple objetivo: En primer lugar, reunir en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito: En materias tales como información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información (pre)contractual, servicios financieros vinculados, etc. Se menciona expresamente al asesoramiento, con el fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente, y valorando adecuadamente su situación y el conjunto de servicios disponibles en el mercado. De este modo, se distingue tal servicio de la directa comercialización por parte de las entidades de sus propios productos, actividad ésta sometida al régimen general de transparencia y explicaciones adecuadas. Finalmente, se reconocen de manera definitiva los medios electrónicos como mecanismos a todos los efectos equiparables al tradicional soporte papel, en la relación de las entidades de crédito con sus clientes. En tercer lugar, la norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable (también reflejado en la nueva Ley de Crédito al Consumo), de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones para evitar situaciones de sobreendeudamiento. Con tal fin, se ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito a la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes.

Adicionalmente, la norma aborda otras áreas también sustanciales entre las que cabe destacar las tres siguientes: En primer lugar, se desarrolla la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994. El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. Se añaden adicionalmente, otras herramientas más específicas, como la difusión a una Guía informativa adaptada a este producto que permitirá profundizar en la necesaria educación financiera de los clientes. También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar las obligaciones transparencia y difusión de

información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación. En lo que se refiere a la hipoteca inversa, la orden viene a ejecutar el desarrollo de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Dicha D.A. contiene algunas habilitaciones específicas en relación con las hipotecas inversas: El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda (apartado 3). Los servicios de asesoramiento que las entidades que concedan hipotecas inversas deben suministrar a los solicitantes de este producto deberán llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda, quien establecerá además las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento (apartado 4). Y, finalmente, la norma también regula los que serán tipos de interés oficiales conforme a la habilitación incluida en el ya mencionado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. La modificación responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.

El Banco de España queda habilitado para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de esta orden. Un ejemplo de ello es el Proyecto de Circular del Banco de España, de modificación de la Circular 8/1990, a las Entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

3. Disposiciones generales aplicables a todos los servicios bancarios

3.1 *Ámbito de aplicación*

La Orden es de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras.

Se entenderá por clientes y clientes potenciales a las personas físicas. Cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Orden, con la excepción de las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. Podría haberse previsto la posibilidad de extender en análogos términos potestativos la aplicación de la Orden a determinadas personas jurídicas, en función de sus características y dimensión económica; y ello con independencia de que algunas de sus previsiones se apliquen en todo caso únicamente a las personas físicas (como es el caso de los artículos 20 y siguientes, relativos a los créditos y préstamos hipotecarios). Por ejemplo, podría preverse su

aplicación a las PYMES, tomando como base los criterios que la legislación mercantil emplea para su definición.

Asimismo, se entenderá por servicios bancarios aquellos que comprenden los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, la concesión de crédito y préstamo, los servicios de pago y las demás actividades incluidas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio. Los servicios que aparecen específicamente mencionados en el precepto forman parte del usualmente denominado "monopolio bancario", por estar reservados en exclusiva a las entidades de crédito por su directa vinculación con la función más típica de tales entidades, que no es otra que la intermediación en la gestión del circuito del dinero mediante la transformación de los plazos, de cortos (depósitos) a largos (préstamos). El núcleo de la actividad de las entidades de crédito, así entendido, viene definido en el artículo 28.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, el cual abarca la recepción de "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", así como cualquiera otra "captación de fondos reembolsables de público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetos a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores".

En cambio, el artículo 52 de la Ley 26/1988 no forma parte de su título II, dedicado a la regulación de las actividades propias de las entidades de crédito, ni pretende definir cuáles quedan reservadas a dichas entidades: su único propósito es enumerar las actividades que pueden formar parte del denominado "pasaporte comunitario" que se reconoce a las entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea. Y de ahí que alguna de las actividades que integran la lista del artículo 52 se atribuyan también a otro tipo de entidades financieras, particularmente a las empresas de servicios de inversión, como así lo establece su legislación reguladora (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre). En particular, son comunes con otras entidades autorizadas distintas de las crediticias las siguientes actividades: concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares; operaciones por cuenta propia o de la clientela que tengan por objeto valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras; participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación y aseguramiento de la suscripción de emisiones;

asesoramiento y prestación de servicios a empresas en estructura de capital, estrategia empresarial y fusiones y adquisiciones y materias similares; gestión de patrimonios y aseguramiento a sus titulares; y actuación, por cuenta de sus titulares, como depositarios de valores representados en anotaciones en cuenta, la realización de informes comerciales.

Con la única excepción de la actividad consistente en la concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares (que, por cierto, es asimismo prestada por entidades aseguradoras bajo la cobertura formal del contrato de seguro), las demás actividades que se acaban de mencionar también pueden ser realizadas por las empresas de servicios de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley del Mercado de Valores, ya sea con carácter principal o auxiliar. Paralelamente, el artículo 65 de la propia Ley 24/1988 autoriza a las entidades de crédito la prestación de los servicios de inversión que enumera el artículo 63 antes citado. Hubiera sido preferible que sea en el propio precepto donde se enumeren expresamente los concretos servicios prestados por las entidades de crédito a los que resultará de aplicación la Orden, y si se opta por mantener la remisión al artículo 52, deberían excluirse aquellos servicios que no forman parte del llamado monopolio bancario (letras g), h), i), j), k), l) ll) y m) del citado precepto. Y ello porque el ámbito de aplicación de la Orden debe referirse principalmente, si no exclusivamente, a la prestación de aquellos servicios que se integran en el núcleo del monopolio bancario y no a otros servicios cuya prestación se realiza no solo por las entidades de crédito. En este sentido, es importante tener en cuenta que, en la medida en que las entidades de crédito presten servicios de inversión, "les serán de aplicación las disposiciones de esta Ley y sus normas de desarrollo en cuanto a la realización y disciplina de los servicios y actividades previstos en su artículo 63 y a su posible participación en los mercados secundarios oficiales" (artículo 65.1 de la Ley del Mercado de Valores) y, por tanto, también la normativa sobre transparencia, requerimientos de información y protección de los usuarios de servicios de inversión; lo que podría dar lugar a una duplicidad de regímenes jurídicos aplicables, no necesariamente coincidentes ni coordinados, con las consiguientes dificultades que ello conllevaría para su correcta aplicación y plena efectividad.

Quedan excluidos los servicios, operaciones y actividades comprendidos en el ámbito de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

3.2 Comisiones

En materia de comisiones rige el sistema de libertad de pacto entre dichas entidades y los clientes. No se prevé la obligación de los bancos de registrar previamente sus comisiones en el BE, como sí preveía la Norma quinta de la Orden de 12 de diciembre de 1989, con lo que se elimina el control posterior que, en teoría, el BE podía ejercer sobre las comisiones (a diferencia de la Orden Ministerial 12 diciembre de 1989, derogada, en su Norma sexta).

Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado.

Esta información incluirá, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por periodo en que se apliquen.

Esta información estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del BE, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.

Inmediatamente antes de que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar, se deberá indicar, mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos a repercutir. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

Cuando el servicio bancario se preste a través de un cajero automático o de un dispositivo similar y la entidad emisora del medio de pago sea diferente de la titular de aquel, se podrá sustituir la información señalada por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a que pueda quedar sujeta la operación solicitada. En este supuesto, deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo, en su caso, de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago.

En servicios bancarios prestados a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar, en lugar

visible, figurará un número de teléfono para incidencias, al que se podrá acudir en el caso de que se produzcan problemas en la prestación de los servicios.

Sobre este tema pueden hacerse algunas observaciones: En primer lugar, se alude a "comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan más frecuentemente" o a los "tipos habitualmente aplicados a los servicios que prestan más frecuentemente". En ambos casos, la fórmula empleada resulta excesivamente imprecisa. En segundo lugar, se hace referencia a las comisiones y a los tipos de interés debidamente actualizados, pero no se exige que tengan carácter máximo, como en el apartado quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989. Finalmente, puesto que la información que las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes lo será en el formato que determine el Banco de España, las exigencias de sencillez y comparabilidad deben ir referidas fundamentalmente a ese formato o modelo. En todo caso, más acertado que aludir a la inclusión de información de manera comparable, sería hacer referencia a que sea posible la comparación entre la información suministrada por las distintas entidades de crédito.

3.3 Tipos de Interés

Se mantiene la libertad para el establecimiento de tipos de interés, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación, con la única obligación de anuncio de los mismos. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, la tasa anual equivalente (TAE) u otra expresión equivalente de la operación. Esta información unificada estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del BE, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

Las entidades que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito deberán publicar, las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos. Esos tipos serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. En particular, las entidades harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

3.4 Publicidad

Toda la publicidad de servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en 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.

3.5 Información precontractual

Las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente formalice el contrato.

3.6 Información contractual

A diferencia de la anterior Orden de 12 de diciembre de 1989, las entidades de crédito deberán entregar al cliente el correspondiente ejemplar del contrato en que se formalice el servicio recibido. Tal obligación se refiere a todo servicio y sin necesidad de solicitud del cliente. Asimismo deberán conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que éste lo solicite. No dice la norma si tal puesta a disposición tiene o no carácter gratuito. Si la entrega del ejemplar del contrato en el momento de su firma es siempre obligatoria, la copia no debe ser gratuita y así habría de señalarse expresamente. Otra posibilidad sería establecer un criterio objetivo como límite al carácter gratuito de las copias (por ejemplo, un número máximo para cada ejercicio).

En las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.

Los contratos relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara el siguiente contenido:

- a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el BE teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.
- b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

- c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos.
- d) La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, la condiciones para su prórroga.
- e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables.
- f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.
- g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.
- h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo, en línea con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley de Economía Sostenible.
- i) Los demás que establezca el BE.

El resto de contratos sujetos a la presente Orden deberán contener menciones similares, en la medida que proceda.

3.7 Comunicaciones al cliente

La Orden que comentamos es mucho amplia que la anterior derogada en esta materia, pues ésta última sólo hacía referencia al documento explicativo de la liquidación de intereses. La presente norma regula el contenido de cualquier comunicación al cliente, así como el contenido que ha de tener la comunicación por la que la entidad bancaria modifica unilateralmente las condiciones del contrato.

Toda comunicación de las entidades de crédito referida a cualquiera de los servicios bancarios previstos en esta orden deberá:

- a) reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios;
- b) no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo;

- c) resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y;
- d) no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.

Cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario deberá comunicar al cliente, con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con las mismas. En los supuestos de modificaciones de límites o capacidad de disposición de nuevas cantidades, cuando exista un incumplimiento previo por parte del cliente, la comunicación se producirá con una antelación no inferior a diez días. No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

Las entidades de crédito facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud:

- a) El tipo de interés nominal aplicado en el periodo ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el periodo que se inicia.
- b) Las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo.
- c) Cualquier otro gasto incluido en la liquidación.
- d) Los impuestos retenidos.
- e) Y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

El BE podrá establecer modelos normalizados de liquidaciones y comunicaciones. Asimismo, en los casos que establezca el BE, deberá igualmente reflejarse el coste o rendimiento efectivo remanentes de la operación, conforme a las indicaciones que aquel establezca. Así, en el Proyecto de Circular referido se añade una nueva letra e) al apartado 5 de la norma octava: Coste y rendimiento efectivo de las operaciones: «e) En los instrumentos financieros híbridos el rendimiento efectivo a recoger en la documentación contractual reflejará el tipo de interés efectivo que le corresponda al contrato principal una vez segregado el derivado implícito, así como el valor, en el momento del contrato, de dicho derivado. A estos efectos, el importe imputado al derivado implícito se estimará conforme a lo dispuesto en el apartado 17 de la Norma Vigésima Primera de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de

información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.»

Las entidades de crédito remitirán a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información prevista en esta Orden sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior.

Las entidades de crédito deberán facilitar la información que permita a los herederos de un cliente, una vez acreditada tal condición, conocer su situación patrimonial en la entidad de crédito al tiempo del fallecimiento del causante.

3.8 Explicaciones adecuadas

Las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera. Estas explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y comunicaciones, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente.

3.9 Asesoramiento en materia bancaria

La Orden permite a las entidades de crédito cobrar por prestar servicios de asesoramiento "independiente". Se entenderá por tal toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado. Se trata de asesoramiento en materia bancaria, para diferenciarlo claramente del asesoramiento en materia de inversión previsto en la letra g) del artículo 63.1 de la Ley del Mercado de Valores.

Cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto. La prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta Orden ministerial e implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos.

Esto significa que las entidades de crédito podrán cobrar a los clientes cuando vayan a pedirles información sobre sus productos o servicios, por

prestar una actuación habitual y común en toda relación comercial. El agravante viene determinado por el hecho de que este "asesoramiento" significa que el banco o caja ha de "actuar en el mejor interés del cliente". Lo que hace aquí el Ministerio es poner precio a una obligación que deben ya cumplir inexorablemente. Máxime si tenemos en cuenta que el TRLCU, Real Decreto Legislativo 1/2007, exige que la información sea veraz y completa (artículos 17 y 18, donde en general se habla de información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado).

En primer lugar, hay que destacar que se introduce, con carácter autónomo, un nuevo servicio que pueden prestar las entidades de crédito. Sin embargo, dicho servicio no se contempla expresamente en el artículo 2 y el artículo 52 de la Ley 26/1988, al que el artículo 2 se remite, tampoco lo recoge (siendo la actividad más próxima a este nuevo servicio la prevista en su letra l) -gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares). Por ello, hubiera sido necesario que en el artículo 2 se mencionen los concretos servicios a los que se extiende la aplicación de la Orden. En todo caso, se considera que un aspecto tan esencial como la determinación de los servicios que pueden prestar las entidades de crédito -y, en particular, de los servicios bancarios- debería integrarse en una norma legal, como de hecho sucede, por ejemplo, con la delimitación de los servicios de inversión por el artículo 63 de la Ley del Mercado de Valores.

En segundo lugar, y en cuanto al concreto contenido de la regulación, cabe formular varias observaciones: La primera y principal se refiere a los confusos perfiles con que la Orden define el asesoramiento. Adicionalmente, tampoco se introduce precisión alguna para diferenciar el asesoramiento gratuito de las meras comunicaciones comerciales. En este sentido, podría completarse la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 10 con una precisión similar a la contenida en el mencionado artículo 63.1.g) de la Ley del Mercado de Valores, por virtud de la cual "no se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial". En segundo lugar, a los perfiles confusos del servicio bancario de asesoramiento contribuye la escueta regulación que contiene el artículo 10 para delimitar su alcance y contenido. Baste indicar que la única previsión que define el servicio -el asesoramiento ha de basarse en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, en función de la situación personal y financiera del cliente y de sus preferencias y objetivos-. No se hace eco, sin embargo, de otras exigencias, como son que las entidades habrán de tomar en consideración un número suficientemente amplio de contratos de crédito disponibles en el mercado para recomendar aquellos que consideren más idóneos o que el análisis se habrá de basar en información actualizada y en hipótesis razonables sobre

la situación del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato de crédito propuesto.

Preocupa especialmente la garantía del carácter objetivo e independiente del servicio de asesoramiento, en el que está latente el eventual conflicto de intereses que puede producirse entre la objetividad del análisis y la comercialización de productos propios. Pues, más allá de los vagos conceptos utilizados (actuación en el mejor interés del cliente, análisis objetivo y suficientemente amplio), no contempla la Orden previsión alguna que tenga por objeto evitar que el servicio de asesoramiento se convierta en una mera actividad de carácter comercial o promocional de los productos de la entidad de crédito que lo está prestando. Es cierto que la prestación de este servicio no debe necesariamente conducir a la contratación de un producto que comercializa otra entidad; pero también lo es que si no se introducen exigencias precisas y concretas en cuanto al contenido mismo del asesoramiento, no se garantiza que este servicio cumpla su finalidad, en cuyo caso se estaría exigiendo al cliente el pago por un servicio de asesoramiento que realmente no es tal.

3.10 Requisitos de forma e información resaltado

Toda la información, documentación y comunicaciones dirigidas a los clientes de servicios bancarios se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio o en cualquier otra lengua acordada entre las partes. Con la finalidad de destacar a los clientes los elementos esenciales de la información, el Banco de España podrá exigir el empleo de un formato o tipo de letra o comunicación especialmente resaltada.

3.11 Servicios bancarios vinculados

Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

En caso de que solo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.

No se comprende cuál es el significado del último inciso del segundo párrafo, que hace referencia a los "efectos que su no contratación

individual o cancelación anticipada supondría sobre el coste total de los servicios", habida cuenta de que la premisa de partida es que no cabe la contratación independiente de los diferentes servicios.

El artículo 12 da carta de naturaleza a una práctica claramente abusiva que reiteradamente aplican las entidades de crédito: la de imponer más productos y servicios bancarios al cliente que poco o nada tienen que ver con lo que verdaderamente necesita y solicita el cliente. Una manera fraudulenta de obtener beneficio ya que la entidad se puede negar a contratar con el cliente si éste no le adquiere otros productos distintos e innecesarios que encarecen el resultado final.

3.12 Deber de diligencia en ejecución de órdenes y corrección de errores

En todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y de valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar las órdenes de los clientes sin demoras ni retrasos, empleando para ello la máxima diligencia. Igual diligencia será exigible en la corrección de los errores detectados, sea por la entidad o sus clientes, así como en la comunicación del resultado de las solicitudes de contratación de operaciones que planteen los clientes.

3.13 Régimen sancionador

Sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios, lo previsto en esta orden tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en los artículos 1.5 y 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y su incumplimiento se sancionará de acuerdo con lo previsto por la propia Ley 26/1988, de 29 de julio.

El incumplimiento de lo previsto en esta orden se sancionará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en los casos en los que la misma les resulte de aplicación.

4. Los depósitos

4.1 Depósitos a la vista

Las entidades de crédito deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en su cuenta corriente, si los hubiera, con información relativa a la fecha, concepto e importe de la operación. En todo caso, se deberá proporcionar al cliente una copia de la información relativa a cualquier operación realizada a través de cualquier depósito a la vista.

No se comprende bien cuál es el alcance de este segundo párrafo, pues tal información -al menos, la que corresponde suministrar a la entidad de crédito- ya figura habitualmente en el extracto correspondiente. Resulta por ello redundante, si bien es cierto que mientras que la previsión contenida en el primer párrafo se refiere específicamente a las cuentas corrientes, la segunda alude a los depósitos a la vista, término este más amplio y que engloba también las cuentas de ahorro. De otra parte, cabría contemplar expresamente la posibilidad de que el cliente pueda renunciar a recibir los extractos por acceder a sus posiciones a través de Internet.

Las entidades de crédito deberán colaborar activamente e intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre sí y con el propio cliente, al objeto de facilitar el traslado eficaz y ágil a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que empleen como soporte un depósito a la vista, tales como domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencia y transferencias periódicas recibidas.

4.2 Depósitos a plazo con garantía del principal

Con relación a los depósitos a plazo estructurados, los documentos contractuales relativos a estos servicios bancarios deberán recoger, de forma explícita y clara, la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente de la remuneración total efectiva en términos de intereses anuales, conforme a lo que establezca el BE teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito.

Con la redacción de este artículo la orden Ministerial está tolerando las prácticas confusas de bancos y cajas a la hora de comercializar productos que en el fondo no son depósitos, ya que una parte del ahorro va destinado a renta variable, cuya rentabilidad final es incierta y no es, por tanto, un depósito. El cliente debe prestar atención a términos como "depósitos garantizados" u otros como "garantizado", cuando no responden de forma íntegra a la verdadera naturaleza jurídica del producto e inducen, por tanto, a error al cliente en el momento de la contratación.

4.3 Publicidad y documentación contractual

La publicidad realizada por las entidades de crédito para la comercialización de depósitos deberá incluir una referencia al Fondo de Garantía de Depósitos al que se encuentra adherida la entidad, cuando este sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Esta obligación también es exigible a los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de depósito.

5. Créditos, préstamos y servicios de pago

5.1 Préstamo responsable

El Capítulo I lleva por título el Préstamo responsable y su único artículo hace referencia a la evaluación de la solvencia (art. 18).

La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

Para ello, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

Dichos procedimientos además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

- a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:
 - 1º) Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.
 - 2º) Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del BE, así como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito (art. 29 LOPDCP).
 - 3º) Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.
- b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.
- c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría

esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta la información a la que se refiere la letra anterior.

- d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros de morosos, la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

La evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.

5.2 Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios

5.2.1 Disposiciones generales

La sección 1ª contiene las Disposiciones generales, que vienen referidas exclusivamente al ámbito de aplicación (art. 19). Este capítulo será de aplicación a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

Se presumirán sujetos a esta orden los préstamos concedidos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas físicas residentes en España.

Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden.

El Banco de España podrá adaptar las exigencias de información contenidas en el presente capítulo para su aplicación a otro tipo de préstamos diferentes de los previstos en el apartado 1 y tampoco incluidos en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

5.2.2 *Información precontractual*

La información precontractual se articula en seis pilares (arts. 20 a 25, inclusive): la guía de acceso al préstamo hipotecario, la ficha de información precontractual, la ficha de información personalizada, oferta vinculante, información adicional sobre instrumentos de cobertura de cobertura del riesgo de tipo de interés y, por último, información adicional sobre cláusulas suelo y techo.

5.2.2.1 *Guía de acceso al préstamo hipotecario*

El BE elaborará una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación.

La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del BE, y deberá hallarse a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.

5.2.2.2 *Ficha de información precontractual*

Las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios,

información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el anexo I.

La Ficha de Información Precontractual estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

5.2.2.3 *Ficha de información personalizada*

Las entidades de crédito, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a este la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que figura en el anexo II. Esta Ficha se entregará a todos los clientes de préstamos, de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta. Toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

5.2.2.4 *Oferta vinculante*

Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente (artículo 18), este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante. La oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada como la que figura en el Anexo II en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente: a) Que se trata de una oferta vinculante. b) El plazo de vigencia de dicha oferta.

Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada. Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento. Salvo circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

5.2.2.5 Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés

En relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y, especialmente, para solicitantes de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, se informará al cliente de:

- a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos.
- b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.
- c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso:
 - 1º) la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe;
 - 2º) las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas;

- 3º) la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.
- d) Y otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el BE.

La información anterior se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada.

La Orden da carta de naturaleza a un producto que ha sido perjudicial para muchos clientes, como ha sido la venta indiscriminada de las llamadas coberturas de tipo de interés. Estos productos, en realidad, son un contrato financieros complejos y de alto riesgo basados en permutas financieras-swaps-, comercializadas bajo denominaciones como "clips". La simple "información" sobre estos productos quizás no sea suficiente para proteger adecuadamente los derechos de los consumidores. En un producto de tanta complejidad, cuya naturaleza es claramente especulativa, es claro que no tiene por objetivo proteger de las subidas de tipos, y por tanto no puede comercializarse a consumidores de perfil conservador.

No será necesario que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel. Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún caso, cuando el importe nominal de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que este sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente.

5.2.2.6 Información adicional sobre cláusulas suelo y techo

La Orden refrenda el reconocimiento de las cláusulas suelo y techo, bastando la mera información y transparencia. En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en

un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

6. Tipos de interés

La Sección 3ª del Título III se ocupa de los Tipos de interés (arts. 26 a 28). A los anteriores preceptos hay que añadir la Disposición transitoria única que regula el régimen transitorio de otros índices o tipos de referencia.

6.1. Tipos de interés variable

En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.
- b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor.

6.2. Tipos de interés oficiales

La regulación de los tipos de interés oficiales, conforme a la habilitación incluida en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, responde a "la necesidad inaplazable de adaptar los tipos de referencia a la integración del sector financiero español, ocasionada fundamentalmente por la transformación del régimen jurídico de las cajas de ahorros".

A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.
- f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Los tipos se publicarán mensualmente en el «Boletín Oficial del Estado» y estarán también disponibles en la página electrónica del BE.

La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España (Proyecto de Circular de transparencia que modificará la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela).

La Disposición Transitoria Única se ocupa del régimen transitorio de otros índices o tipos de referencia. Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

Para la publicación de estos índices continuarán vigentes las actuales definiciones de los mismos conforme a lo previsto en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, con las siguientes particularidades:

- a) Las cajas de ahorro que ejerzan indirectamente su negocio financiero conforme a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros declararán al Banco de España, de acuerdo con lo establecido en las especificaciones técnicas correspondientes, como tipos de interés a efectos de la elaboración de los citados índices, los que practique la entidad bancaria a la que hayan aportado su negocio financiero.
- b) Las declaraciones que a tal fin hagan las entidades bancarias a través de los que se ejerza indirectamente no se tomarán en consideración para la elaboración de los índices.

6.3. Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés

A los efectos del cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y la consiguiente compensación por riesgo de tipo de interés, se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el BE y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización. Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés. La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante circular del BE, en trámite actualmente.

En tal enumeración se han eliminado los Índices de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) de Bancos y de Cajas y el Índice CECA, con la finalidad de adaptar los índices aplicables a dichos préstamos al proceso de concentración de entidades que se ha venido produciendo recientemente en España.

La virtualidad práctica de esta medida se pospone, con arreglo a la disposición transitoria, hasta que haya transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Orden, "siempre que en ese plazo se hubiese establecido legalmente el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados". Durante ese periodo los índices o tipos de

referencia que estuvieran siendo empleados seguirán siendo aptos a todos los efectos.

7. Documento contractual y acto de otorgamiento

La Sección 4ª del Título III hace referencia al documento contractual y acto de otorgamiento (arts. 29 y 30).

7.1. Documentación contractual

Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. En particular, salvo peculiaridades, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés.

7.2. Acto de otorgamiento

En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.

Los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta Orden y la legalidad vigente. Asimismo, informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

- a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.
- b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- 1º) Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales.
 - 2º) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.
 - 3º) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:
 - i. Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
 - ii. Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
- c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
 - d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés.
 - e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
 - f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
 - g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.
 - h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada.

8. Tasa Anual Equivalente

La tasa anual equivalente, que iguala, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos (disposiciones de crédito, reembolsos y gastos) existentes o futuros, asumidos por la entidad y por el cliente, se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el Anexo V de la Orden. Para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del préstamo para el cliente, exceptuando los gastos que este tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito.

Cuando sea obligatorio abrir una cuenta para obtener el préstamo, los costes de mantenimiento de dicha cuenta, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar operaciones de pago y de disposición de crédito, así como otros costes relativos a las operaciones de pago, se incluirán en el coste total del crédito para el cliente, salvo que los costes de dicha cuenta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de préstamo o cualquier otro contrato suscrito con el cliente.

El cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto de que el contrato de préstamo estará vigente durante el período de tiempo acordado y que la entidad y el cliente cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato.

En los contratos de préstamo que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y, en su caso, de los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y los demás gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato.

9. Hipoteca inversa

Esta Orden se aplicará a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, con las siguientes especificidades:

- a) Será obligatoria la entrega de la oferta vinculante.
- b) Será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el artículo 10. Suscita dudas cómo se articula

esta previsión con el carácter gratuito o remunerado del servicio: si se presta con carácter gratuito, ello podría tener una repercusión negativa en términos de objetividad e independencia del servicio prestado; si se presta con carácter remunerado, se estaría imponiendo al cliente el pago de un servicio que podría no desear recibir. En fin, no se entiende por qué en el artículo 32.b) se exige expresamente que el servicio de asesoramiento sea "independiente y previo" cuando tales exigencias no se han recogido en el artículo 10. Debe ser este último precepto el que contenga los rasgos definitorios del asesoramiento, pues, en caso contrario, podría dar la impresión de que solo se exige ese carácter independiente del servicio en relación con la hipoteca inversa.

- c) Las fichas a las que se refieren los artículos 21 y 22 se ajustarán a lo previstos en el anexo III y IV y, adicionalmente, el BE y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa» en términos adaptados y análogos a los previstos en el artículo 20.

10. Normas relativas a los créditos al consumo

La transparencia de los servicios bancarios de crédito al consumo celebrados por los clientes se rige por lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Asimismo, en lo no previsto por la citada Ley 16/2011, de 24 de junio, les resultará aplicable lo establecido en el título I y en el capítulo I del título III de esta orden.

11. Normas relativas a los servicios de pago

La transparencia de los servicios de pago celebrados por los clientes se rige por lo previsto en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Asimismo, en lo no previsto por la citada Orden les resultará aplicable lo establecido en los artículos 3, 8, excepto el apartado 2, 10 y 16 de la misma.

12. Consideraciones críticas

Primera: La Orden extiende su ámbito de aplicación a todos los servicios que prestan las entidades de crédito (no solo a los estrictamente bancarios), introduce numerosas obligaciones de información, que en muchos casos presentan perfiles difusos y cierta reiteración, establece cuatro documentos a cumplimentar, guías de aplicación, se hace eco de la figura del asesoramiento, etc. Sin embargo, lo importante no es tanto o solamente la dimensión cuantitativa de la protección al cliente de servicios bancarios, como su dimensión cualitativa, pues una protección completa y eficaz no depende tanto del número de documentos que hayan de entregarse al cliente o de introducir numerosas obligaciones de información con un objeto muy parecido, como de que esas obligaciones se delimiten de forma clara y precisa y lleven anudadas consecuencias ante su incumplimiento. La ausencia, en numerosos casos, de

criterios objetivos que permitan valorar si las entidades de crédito cumplen adecuadamente sus obligaciones de información debe ser suplida con una regulación lo más detallada y precisa que sea posible de tales obligaciones. Por tanto, debería hacerse un esfuerzo por evitar duplicidades innecesarias al perfilar la información que las entidades deben proporcionar a sus clientes y por precisar en lo posible el concreto contenido de las obligaciones de información que contempla.

Segunda: El texto incide en diversas materias que en la actualidad están siendo objeto de debate en el seno de la Unión Europea, apuntándose la conveniencia de que no recogiese estas materias en tanto no se adoptaran las decisiones europeas correspondientes. Sin duda, la iniciativa más avanzada es la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2011, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de la que los capítulos I y II del título II adoptan numerosas medidas relacionadas especialmente con la información precontractual y contractual, sobre evaluación de solvencia y sobre asesoramiento. En ella se inspira claramente la Orden en algún punto muy concreto, como es el relativo al asesoramiento (artículo 10). Pero también cabe mencionar la negociación existente entre la Comisión Europea y el sector bancario europeo para establecer, por la vía de la autorregulación, unos principios sobre transparencia y comparabilidad de las comisiones. Pero también cabe mencionar la negociación existente entre la Comisión Europea y el sector bancario europeo para establecer, por la vía de la autorregulación, unos principios sobre transparencia y comparabilidad de las comisiones.

La existencia de tales iniciativas no condiciona necesariamente el contenido que pueda atribuirse a dichas materias en la Orden. Con todo, es altamente aconsejable que estas iniciativas europeas se hubieran tenido en cuenta a la hora de abordar una nueva regulación interna sobre materias coincidentes, pues ello permitiría evitar posibles incompatibilidades (como de hecho sucedió, por ejemplo, con el Código de Conducta Europeo, contenido en la Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativo a la información contractual que debe suministrarse a los consumidores en materia de préstamos hipotecarios, que no pudieron suscribir las entidades de crédito españolas por resultar incompatible con alguna de las previsiones contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones de los préstamos hipotecarios) y anticiparse con mayor precisión a las previsiones europeas.

Tercera: Es necesario subrayar la conveniencia, si no necesidad, de que se proceda a una revisión y sistematización del bloque normativo que afecta a las entidades de crédito.

Es fundamental, en este punto, una reconsideración de la óptica que preside la legislación sobre la materia y que se concreta, esencialmente, en la vigente Ley 26/1988 que, como su propio título evidencia, tiene como objetivo fundamental y casi único la disciplina e intervención de las entidades de crédito. En el plano

reglamentario debe hacerse un esfuerzo por sistematizar y ordenar las distintas regulaciones existentes, mereciendo una valoración positiva la labor de "codificación" que se pretende llevar a cabo con la Orden.

Cuarta: El esfuerzo sistematizador ha de proyectarse sobre aquellas regulaciones que, teniendo como destinatarias principales a empresas de servicios de inversión, se aplican también a entidades de crédito en la medida en que presten dichos servicios, con el fin de evitar solapamientos de regímenes jurídicos y duplicidades innecesarias.