

**CONFLICTOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES: ¿UN MAL
ENDÉMICO O UN MAL COMÚN?**

***BANKING CONFLICTS WITH CONSUMERS: ENDEMIC OR
COMMON CONCERN?***

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 230-253



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 22 de septiembre de 2015

RESUMEN: El presente artículo pone de relieve que los conflictos bancarios entre entidades de crédito y sus consumidores son comunes con independencia del sistema bancario. Ello por cuanto ya no cabe concebir al sistema bancario "localmente" sino que debemos hacerlo "globalmente". En la práctica esto queda reflejado en la problemática y conflictividad de algunas políticas de comercialización de las entidades, todas ellas de productos complejos y con graves repercusiones no solo en la economía sino en la sociedad en general. En este artículo se analizan tres grandes conflictos que han tenido lugar en tres sistemas bancarios distintos: España, Reino Unido y Australia. Por ello afirmamos que los conflictos bancarios son un problema, pero un problema común en el mundo globalizado en el que vivimos.

PALABRAS CLAVE: Conflictos bancarios; consumidores; cláusula suelo; payment protection insurance; asesoramiento financiero.

ABSTRACT: This paper highlights that banking conflicts with customers are common independently from the operating banking system and thus, not exclusive to Spain. We can no longer consider banking systems from a local viewpoint, but rather from a global one. In practice, this is reflected on the controversial commercial policies of complex products, with severe implications not only on the economy but also on the society in general. This paper analyses three relevant problems in three different banking systems: Spain, United Kingdom and Australia, which allows us to state that banking conflicts are indeed a concern, but a shared one within our globalised world.

KEY WORDS: Banking conflicts; customers; floor clause; payment protection insurance; financial planning.

SUMARIO.- I. Estado de la cuestión.- II. Conflictos derivados de la inclusión de cláusulas abusivas: el ejemplo de la “cláusula suelo”.- III. Conflictos derivados de la falta de información completa y suficiente: el caso de los denominados “Payment Protection Insurance”.- IV. Conflictos derivados del mal asesoramiento financiero: el caso del “Commonwealth Financial Planning Failure”.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Hablar de conflictos bancarios hoy en día es hablar de limitación de los derechos e intereses económicos de los consumidores, de la desprotección –en cierto modo premeditada y permitida por los poderes públicos– de los usuarios de servicios financieros. Es cierto que se originan conflictos a cualquier nivel y en cualquier sector de la sociedad, así como que no existe relación jurídica perfecta ni simetría informativa. Ello no sería sino alcanzar una utopía inviable en un sector imperfecto como el financiero.

Así es, en este escenario “imperfecto” encontramos 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. Igualdad que, como sabemos, no es real en las relaciones jurídicas entre una entidad de crédito –que ostenta todo el poder y somete al consumidor a su voluntad– y los consumidores –parte débil a la que solo le queda la opción de adherirse al contrato, aceptando *de facto* su clausulado sin posibilidad alguna de negociar–.

Hay quien pudiera decir que conflictos han existido siempre, planteándose la razón por la cual hay mayor publicidad que antes de problemas que se resolvían sin tanta difusión. Pues bien, resulta obvio que todos los problemas son importantes, especialmente para aquellos que sufren sus consecuencias. Sin embargo, nunca habían tenido tanta trascendencia, bien porque se mantenían ocultos y se trataban de resolver rápidamente, bien porque afortunadamente la figura del consumidor está alcanzando el protagonismo que merece y, además, está más concienciado

• Ana Isabel Blanco García

Doctora internacional en Derecho Procesal (2015). Licenciada en Derecho (2010) y Administración y Dirección de Empresas (2010) por la Universitat de València, cursó estudios de Máster en Derecho de la Empresa (2012) en dicha universidad. Actualmente es becaria F.P.I. del Ministerio de Economía y Competitividad en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València y secretaria del Máster Universitario en Derecho, Empresa y Justicia. Ha publicado hasta la fecha diversos artículos científicos en revistas tanto de ámbito nacional como internacional. Asimismo, ha participado en varias obras colectivas y tiene una monografía sobre “La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del Ombudsman”, publicada en la editorial Tirant lo Blanch. Ha centrado sus líneas de investigación en las cláusulas abusivas, en las vías de tutela extrajurisdiccional de los consumidores, en especial, del cliente bancario, en los conflictos bancarios, así como en las ADR, siendo miembro del Grupo de Investigación MedArb de la Universitat de València. Correo electrónico: a.isabel.blanco@uv.es

de sus derechos y de las acciones legales disponibles en el ordenamiento para contraatacar las ofensivas de las entidades de crédito.

Desde 2007 hemos vivido un periodo convulso en el sector bancario, y no exclusivamente por la crisis del propio sector; sino también por las actuaciones cuanto menos controvertidas de las entidades bancarias, siendo los consumidores los grandes damnificados de los perjuicios causados.

Perjuicios o controversias que tienen distinto origen. A grandes rasgos, las causas que generan más conflictos varían desde los meros errores humanos, la falta de atención debida de los trabajadores de la entidad o el comportamiento y actitud de las entidades que incumple las expectativas del cliente, las deficiencias en el servicio o a la incorrecta aplicación de una política de comercialización. Por ejemplo, que el banco nos cobre unas comisiones cuando no estaban estipuladas por contrato o incluso cuando nos informaron de que no se nos cobraría coste alguno; cuando recibimos una tarjeta de crédito que no hemos pedido; cuando se abona un recibo que expresamente hemos indicado que se devuelva, etc. Todos ellos son problemas, importantes obviamente para los consumidores afectados, pero no me negarán que no tienen una gran trascendencia social.

Sin embargo, esta relativa normalidad se ha visto alterada por las erráticas políticas de actuación y comercialización que han desarrollado las entidades de crédito. Políticas que, de forma consciente, son vulneradoras de la normativa bancaria fundamental. Por un lado, de la regulación sobre contratación, de la forma que debe revestir el clausulado contractual, que debe ser claro y comprensible para un consumidor medio. Por otro lado, se infringe la normativa sobre transparencia¹ 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.

Políticas controvertidas que han ocupado los titulares de los telediarios y periódicos durante largos periodos, por el impacto económico, social, pero también político. Porque hemos pasado de “conflictos menores” a “conflictos mayores”, donde la importancia e impacto es considerablemente mayor; especialmente si tenemos en cuenta el alcance de sus consecuencias.

¹ 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.

Podemos decir que los conflictos han “traspasado fronteras”, pero no solo las figuradas entre los distintos planos o esferas de la realidad social, política, económica e incluso personal, por cuanto la comercialización en masa de los productos significa un incremento en la cantidad y calidad –en términos de complejidad y tecnicidad– de los productos bancarios, ofrecidos a los consumidores sin las explicaciones oportunas y necesarias para evitar la hecatombe del sistema financiero de un país.

Además, los conflictos bancarios actuales han traspasado las fronteras geográficas, los límites entre los distintos mercados domésticos o nacionales. Ello se entiende en un contexto como el actual, global e internacional, donde existe una libertad de circulación de capitales, de personas...que permiten y facilitan las relaciones comerciales pero que, por el contrario, también son fuente de conflicto. Ya no cabe pensar en términos “locales” porque esta concepción está ya desfasada. En un sector como el financiero donde las nuevas tecnologías permiten conectar los mercados bursátiles, facilitan las transacciones internacionales y ofrecen servicios a través de la Red, no cabe pensar en las entidades de crédito como en entes que operan localmente, porque estaríamos errando en nuestra interpretación.

El mundo globalizado se nos presenta como una oportunidad de mercado, de “abrir puertas” a las empresas y clientes individuales para expandir y agrandar su cuota de mercado y alcanzar a un mayor público objetivo. Las entidades de crédito se han internacionalizado, y con ellas los problemas. Así es, ahora existe el llamado “efecto contagio” o “efecto dominó” entre las entidades, mejor dicho entre sus fiascos, cuyos efectos sufrimos y padecemos los consumidores. En este sentido, no podemos pensar que los conflictos entre las entidades de crédito y sus clientes son un problema endémico de un único país, sino que se trata más bien de un problema común a todas las entidades de crédito de un sistema financiero globalizado. Ningún tipo de sistema legal se salva de disputas con los consumidores, ni siquiera los utópicos y envidiados mercados anglosajones, que también se han caracterizado los últimos años por los escándalos ofrecidos por algunas de sus más importantes instituciones financieras.

En este trabajo nos detendremos a analizar tres ejemplos de conflictos originados por distintas causas, que van desde el incumplimiento de la normativa de contratación hasta un ejemplo de mala práctica bancaria en lo que concierne a su política de comercialización. Precisamente, estudiaremos en primer lugar uno de los conflictos bancarios que más controversia ha generado en nuestro sector bancario: la inclusión de la cláusula abusiva denominada “cláusula suelo” en los contratos con garantía hipotecaria. En segundo lugar, trataremos el que ha sido el gran conflicto del sistema bancario inglés de la última década y que ha causado un gran revuelo entre los consumidores: la comercialización de los *Payment Protection Insurance*. 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:

La existencia de similares conflictos en distintos países y distintos ordenamientos jurídicos –no solo sistemas continentales sino también del *common law*– demuestran que la naturaleza global del sector financiero también lo es a un nivel más operativo, donde los intereses particulares de las entidades de crédito priman por encima de los intereses de los consumidores e, incluso, del interés general del propio mercado, aun a riesgo de que las consecuencias del problema de una entidad provoquen un efecto dominó en las demás, aunque operen en otros países, como sucedió con la crisis de las hipotecas *subprime* de EE.UU.

Por otra parte, que las entidades tengan similares políticas de remuneración y de comercialización revela, por un lado, que estamos ante un mercado que no opera localmente, sino globalmente. Y, por otro lado, que debe establecerse un régimen internacional común –es cierto que contamos con los Acuerdos de Basilea, pero son insuficientes para dar salida a todos los problemas del sector– que mejore la capacidad y organización de las entidades de crédito y que sienta las bases de una reglamentación interna de buenas prácticas para cualquier entidad financiera, de forma que garanticen los intereses generales y se eviten fiascos con efectos devastadores para los consumidores. Ello además resultaría beneficioso para asegurar tanto la confianza de los consumidores en el buen funcionamiento del sector bancario como un adecuado nivel de protección de sus derechos e intereses.

II. 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. Es el “pan de cada día” de los consumidores, sean de la entidad que sean y tengan el contrato que tengan. La oscuridad, redacción ininteligible y el vocabulario complejo y técnico utilizado en el clausulado contractual de las entidades de crédito es el aspecto más discutido y debatido en los tribunales y en los Servicios de Atención al Cliente, y tan criticado por los propios consumidores y la sociedad en general.

En caso de que un contrato bancario incluyera una de estas cláusulas supone, *de facto*, la vulneración de la normativa sobre contratación contenida en la Ley 7/1998,

de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación² y de la regulación de transparencia bancaria recogida principalmente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*³, (en adelante, Orden de transparencia y protección de 2011).

A pesar de que contamos con incontables ejemplos de cláusulas abusivas en cualquier tipo de contrato bancario, sea de activo o de pasivo, hay una cláusula que, sin duda, ha conmocionado a la sociedad por sus impactantes repercusiones y por el alcance de sus negativos efectos al suponer una clara restricción y afectación de los intereses económicos de los clientes perjudicados. Hablamos de la cláusula suelo, generalizadamente utilizada por todas las entidades bancarias en los contratos de crédito con garantía hipotecaria, que 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, ya flageladas por los embistes de la crisis económica y laboral.

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, de conformidad con criterio del Tribunal Supremo.

Las cláusulas suelo objeto de conflicto son aquellas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable referenciado⁴, 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 económica⁵, pues aseguran a las entidades financieras un rendimiento mínimo de los créditos hipotecarios capaces de cubrir los gastos fijos estructurales de gestión no vinculados a la evolución de los índices de referencia⁶.

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

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

4 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.

5 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* (2014), núm. 10, pp. 20-28.

6 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* (2013), núm. 5, 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* (2012), núm. 43.

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 en caso de que los tipos de interés descendan, mientras que las llamadas cláusulas techo protegen al cliente al garantizarle un coste máximo del préstamo en aquellos casos en que los tipos de interés se incrementen. Normalmente ambas cláusulas son insertadas en los contratos de préstamo hipotecario de forma conjunta, pasando a denominarse “cláusula suelo-techo”, ello no es óbice a la inclusión únicamente de la cláusula suelo o de la cláusula techo, a voluntad e interés de la propia entidad de crédito.

Ambas cláusulas han sido tradicionalmente incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario, no cuestionándose su abusividad hasta la llegada de la crisis económica⁷, donde el Euribor ha alcanzado mínimos históricos. De estas bajadas podría haberse beneficiado el consumidor al reducirse las cuotas o letras de la hipoteca, empero, la aplicación de cláusulas suelo ha aniquilado cualquier posibilidad de que los consumidores pudieran disfrutar de la reducción de las cuotas como consecuencia del descenso de los tipos de interés aplicables, eliminando esa vía de oxígeno que hubiera supuesto esta circunstancia en las economías domésticas.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la cláusula denominada como “suelo-techo” es, *a priori*, lícita⁸. 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 2011⁹ 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 y efectos jurídicos y económicos de los contratos de préstamos hipotecarios en relación con las cláusulas suelo. A tal efecto, la entidad deberá proporcionar una Ficha de Información Precontractual

7 Sobre la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, véanse, por todos, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2013), núm. 27, 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* (2013), núm. 8097 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* (2013), núm. 2, pp. 94-96 y 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* (2011), núm. 121, pp. 209-239.

8 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* (2013), núm. 6, pp. 123-126.

9 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€.

(en adelante, FIPRE), que estará a disposición de los clientes de forma gratuita y tendrá mero carácter orientativo, con información clara y suficiente sobre los préstamos ofertados por la propia entidad. Así, una vez que el cliente haya facilitado 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 expuestas. 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 y pueda adoptar una decisión fundada.

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 citada 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*¹⁰ (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 para comprobar si el cliente contrata dicha hipoteca consciente de las posibles consecuencias del mismo, especialmente de las derivadas del incumplimiento de la obligación de pago de alguna(s) cuota(s).

Así las cosas, aunque las cláusulas suelo son en sí mismas válidas, pueden ser nulas si contravienen las debidas reglas de transparencia, considerándose en este caso abusivas. Téngase en cuenta que aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de una negociación individual¹¹ tendrán la consideración de abusivas, de

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

11 “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 L. F. J. CORTÉS DOMÍNGUEZ). Cizur Menor (Navarra) (2012): Aranzadi, 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* (2013), vol. 2, núm. 4, pp. 39-47.

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”¹².

Por su parte, 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 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”. Ahora bien, existen pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³ 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 individual¹⁴, 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 contrato¹⁵.

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,

-
- 12 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.
- 13 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 28 de junio de 2015.
- 14 A favor, PALAU RAMÍREZ, F.: “Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), vol. 1, núm. 5, pp. 125-147.
- 15 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*, cit., p. 725; PAGADOR LÓPEZ, J.: “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV., *La defensa de los consumidores y usuarios*, (dir. por M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO), Madrid (2011): Iustel, 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 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Cizur Menor (Navarra) (2009); Aranzadi, pp. 973-978 y PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor (Navarra) (2004): Aranzadi, pp. 109-153.

de 9 de mayo de 2013¹⁶ (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 citada, aun cuando la parte actora alegaba como motivo para declarar la abusividad de la cláusula suelo la falta de reciprocidad respecto de la cláusula techo¹⁷, el Tribunal Supremo¹⁸ 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).

16 STS núm. 241/2013, 9 mayo 2013 (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* (2013), núm. 7, 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* (2013), núm. 6, pp. 129-133.

17 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, PERTIÑEZ VILCHEZ, 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*, 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* (2011), núm. 1, pp. 178-179.

18 STS núm. 241/2013, FJ. 13º, & 225.

En consecuencia, las cláusulas suelo aquí enjuiciadas serían lícitas en caso de haber sido conocidas por el cliente en una etapa precontractual¹⁹, esto es, antes de la celebración del contrato, de forma que 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”²⁰. 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”²¹.

Por último, cabe señalar que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad total 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 juez moderar las cláusulas, siendo que el contrato debe subsistir con la mera eliminación de la cláusula que haya sido declarada abusiva²².

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.

19 En el mismo sentido, PERTIÑEZ 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* (2013), núm. 3, p. 14.

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

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

22 “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 en: http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%3%81S.pdf, consultado el día 28 de junio de 2015.

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 Supremo²³, que alega razones de orden público (económico)²⁴, 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 y en la mejora de la percepción del funcionamiento del mercado 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 sobresaturado 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, que ha traspasado el plano económico. 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 suficiente para adaptarse a las necesidades de protección de los consumidores bancarios.

III. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE INFORMACIÓN COMPLETA Y SUFICIENTE: EL CASO DE LOS DENOMINADOS “PAYMENT PROTECTION INSURANCE”

La falta de información completa y suficiente del contenido del contrato y del producto o servicio bancario en sí, es causa de grandes conflictos, como ha sido el caso de la cláusula suelo en el mercado español. Ahora bien, llama nuestra atención que las entidades de crédito tengan por costumbre, con independencia del país donde desarrollen su actividad, no cumplir debidamente con su obligación de informar al consumidor:

23 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* (2013), núm. 6, 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.

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

Siempre hemos pensado y, de hecho es una creencia generalizada, que los sistemas bancarios anglosajones son modelos *quasi* perfectos, más rígidos y con códigos éticos y de conducta más férreos. Pues aunque esto pudiera ser así, esa supuesta “perfección” no es tal si observamos que la actuación de algunas entidades de crédito inglesas también ha quedado en entredicho. Así es, en Reino Unido, los últimos años han sido complicados para las propias entidades, no solo por la crisis del sector, sino también por los conflictos con sus consumidores, que han repercutido negativamente en el balance de las entidades pero también, y más importante, en la confianza de los consumidores. En efecto, los clientes de los bancos ingleses se han visto gravemente perjudicados por la indebida comercialización de uno de sus “productos estrella”, los denominados *Payment Protection Insurance* (PPI), también llamados *loan protection*.

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 puesto en circulación.

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 trabajo²⁵. 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.

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 conocida como “letra pequeña de los contratos”) que excluye la cobertura de determinados productos entre los que se incluye el PPI, dato que, sin embargo, no fue indicado a los consumidores contratantes.

25 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* (2012), vol. 13, núm. 2, pp. 251-253.

El segundo problema alude a las 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.

A la vista de estos problemas, se establecieron diversos medios para solucionarlos y ofrecer una respuesta al cliente bancario perjudicado. Así pues, el consumidor afectado por los PPI dispone de diversas vías de reclamación en función del tipo de problema. En efecto, el conflicto 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 primera instancia por el Servicio de Atención al Cliente de la propia entidad y, en segunda instancia, por el *Financial Ombudsman Services*–.

En lo que aquí interesa, centraremos el análisis en el tercer problema citado, puesto que los derechos e intereses económicos de una considerable colectividad de consumidores han sido menoscabados.

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 causados²⁶. No obstante, también es cierto que, en una gran proporción, los clientes afectados han optado por acudir a la vía extrajudicial

26 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 junio de 2015.

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 *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 precontractual²⁷, incumpliendo por ello los Códigos de Conducta de las entidades y demás instituciones bancarias.

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:

1º) Presión de las entidades de crédito al cliente para la suscripción de la póliza de seguro.

2º) Provisión de información al cliente acerca de las características del producto PPI pero vinculando su contratación para la obtención del préstamo principal, sin señalar que realmente se trata de un producto opcional en todo caso.

3º) Venta del PPI sin el consentimiento expreso del consumidor o incluso con el rechazo de éste a dicha contratación.

4º) 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.

5º) Falta de información completa y exacta sobre los aspectos relevantes del PPI, sin entrega, por escrito, de la documentación con los requisitos y consecuencias jurídico-económicas.

6º) Falta de 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

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* (2012), vol. 27, núm. 9, 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* (febrero 2011), vol. 26, núm. 2, pp. 72-74.

27 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.

ofertado, de la inadecuación de las políticas de venta a las características del cliente en concreto y de 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 *Financial Conduct Authority*²⁸ (FCA) y a la *Prudential Regulation Authority*²⁹ (PRA), emitió ya en 2005 un comunicado de prensa³⁰ en el que instaba a las entidades de crédito supervisadas a tomar cuantas acciones fueran necesarias para garantizar que las políticas de venta de los PPI se ajustaran a la regulación reglamentaria vigente. Sin embargo, las políticas de las entidades de crédito al respecto continuaron sin cambios hasta que, en febrero de 2009, la FSA contactó con todas y cada una de 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.

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 bancarios³¹. 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"*³², la FSA modificó un conjunto de

28 Véase su web oficial, <http://www.fca.org.uk/consumers>, consultada el día 25 de junio de 2015.

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.

29 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/pr/pages/about/default.aspx>, consultada el día 25 de junio de 2015.

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

31 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.

32 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* (2013), 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 26 de junio de 2015.

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 regulador³³, queda integrado por los *Principles of Businesses*³⁴ (en adelante, PRIN), 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*³⁵ (en adelante, reglas ICOBS), cuyas disposiciones se centran en el mercado de PPI, especificando las condiciones bajo las cuales es posible –viable y sostenible– su contratación así como la información que las entidades deben entregar al consumidor en la fase precontractual.

Precisamente, dado que la cobertura del riesgo de este seguro puede ser por toda la vida del préstamo o solamente por un periodo determinado, se establece el derecho del cliente a disponer de toda la información relativa a este producto, en especial la referente a los importes o precios que serían exigibles³⁶ –cuestión relevante y normalmente determinante de la adhesión del cliente al contrato–, con antelación suficiente a la conclusión del contrato para decidir si efectivamente adquiere tal cobertura³⁷.

Por otra parte, estas reglas han supuesto la modificación de las normas relativas a los procedimientos extrajurisdiccionales de resolución de reclamaciones, contenidas en las “*DISP Dispute Resolution: Complaints*”³⁸ (en adelante, DISP rules). Precisamente, modificó los sistemas internos de resolución de quejas y reclamaciones de las propias entidades de crédito, pero también aquellas disposiciones relativas a las

33 Sobre el nuevo régimen regulador tras el conflicto PPI, véase, FERRAN, E., “Regulatory lessons”, *cit.*, pp. 257-260.

34 Documento disponible en línea: <http://www.fca.org.uk/static/documents/handbook-releases/high-level-standards136.pdf>, consultado el día 28 de junio de 2015.

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.

35 El contenido de las disposiciones de esta norma está disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/COBS>, consultado el día 28 de junio de 2015.

36 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”.

37 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”.

38 El contenido de las disposiciones está disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/DISP>, consultado el día 28 de junio de 2015.

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

bases y fundamentos a tener en cuenta en la decisión, con la finalidad de garantizar la tramitación justa y equitativa de tales reclamaciones. De igual forma, 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 oportuno, de forma proactiva contactar con aquellos clientes que, aun cuando no hayan presentado reclamación o queja alguna, se les ofrezca alguna medida reparatoria del daño o perjuicio que hayan podido sufrir³⁹. De esta regulación merece destacar, 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, y a 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.

IV. CONFLICTOS DERIVADOS DEL MAL ASESORAMIENTO FINANCIERO: EL CASO DEL “COMMONWEALTH FINANCIAL PLANNING FAILURE”

El origen de los conflictos bancarios anteriormente analizados 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 y suficiente de los productos. Sin embargo, estas no son las únicas causas que provocan conflictos, pues las entidades de crédito también hacen las veces de asesores, aconsejando a sus clientes cómo invertir sus activos para obtener la máxima rentabilidad. Actividad que recibe el nombre de “asesoramiento financiero” o “gestión del patrimonio” (en inglés, “*financial planning*”⁴⁰), normalmente englobada en el concepto de “Banca privada”. El cliente, por su parte, que no tiene por qué

39 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’ 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*”.

40 Sobre esta actividad en Australia, véase, por todos, CULL, M.: “The rise of the financial planning industry”, *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, (2009), vol. 3, núm. 1, pp. 26-37. El autor analiza el contenido de la actividad, así como su evolución desde la civilización antigua hasta su profesionalización, existiendo en

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 *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, con total independencia de que su clientela sea persona física o jurídica. 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, dejando a sus clientes en una situación de indefensión y, lo que es peor, de impotencia y desasosiego ante las consecuencias de un comportamiento de las entidades de crédito negligente e interesado.

Aun a pesar de que prácticamente la totalidad de los bancos importantes ofrecen el mismo servicio, la problemática con el CBA⁴¹ obedece a la política interna

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* (2008), vol. 20, núm. 10.

41 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 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

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*⁴² (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, a nuestro juicio 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 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 finalizó con la publicación de un Informe final, prevista para el 30 de mayo de 2013 pero que fue retrasada hasta el 26 de junio⁴³.

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 llevaron a 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.

noticia, véase, <http://www.news.com.au/finance/business/commonwealth-bank-secretly-recorded-phone-calls-to-michael-murphy-according-to-a-current-affair/story-fnkjdjt-1226999902937>, consultado el día 15 de junio de 2015.

42 Véase su página web oficial: <http://www.asic.gov.au/>, consultada el día 15 de junio de 2015.

43 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 15 de junio de 2015.

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 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 dirección⁴⁴. 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.

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

⁴⁴ 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.

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-Wilson⁴⁵, 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 2013⁴⁶, se presentó 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*". El 5 de marzo de 2015, el Senado remitió esta Ley a la Comisión de Legislación Económica (*Economics Legislation Committee*) para la investigación y posterior informe, previsto para el 11 de agosto de 2015.

Uno de los aspectos clave de esta 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*)⁴⁷ y la general (*general advice*)⁴⁸. 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 forma, se considerará comportamiento ilegal o fraudulento cuando se asegure al cliente que se le está asesorando pero en realidad simplemente se le está proporcionando información general.

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

46 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 15 de junio de 2015.

47 COWEN, J., BLAIR, W. y TAYLOR, S.: "Personal financial planning education in Australian Universities", *Financial Services Review* (2006), vol. 15, pp. 43-57 y BLACK, K., CICCOTELLO, C. S. y SKIPPER, H. D.: "Issues in Comprehensive Personal Financial Planning", *Financial Services Review* (2002), vol. 11, núm. 1, pp. 1-9.

48 BEATTY, A., FORREST, K. Y GRADY, R.: "Chapter 4", *cit.*, p. 102.

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 limitándose a 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.