

AL DEFENSOR DEL PUEBLO

D. Carlos Hernández Guarch, mayor de edad, con _____ y con domicilio a efectos de notificaciones en Plaza Juan Carlos I nº 3, 2º dcha. CP 07012 Palma de Mallorca como presidente de la Asociación de Consumidores de las Islas Baleares ACUIB presenta ante el **DEFENSOR DEL PUEBLO** este escrito de **QUEJA** contra el **BANCO DE ESPAÑA** por dejación de sus funciones de supervisión y sanción de las entidades financieras que operan en España en base a los siguientes

HECHOS.

PRIMERO.- El Banco de España tiene competencias de supervisión, inspección y sanción de las entidades financieras tal como indica el propio Banco de España en su web al indicar

Transparencia y protección a la clientela

La Ley 26/1988 en su artículo 48.2 faculta al Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes frente a las entidades, establecer algunas obligaciones en las relaciones contractuales, exigir la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regular determinados aspectos de su publicidad.

Las entidades de crédito cumplen así con diferentes normas relativas a la transparencia de las operaciones, la protección del cliente y otros aspectos de protección general de los consumidores.

En virtud de esa norma se publicó la Orden de 12 de diciembre de 1989, del Mº de Economía y Hacienda. Tipos de Interés y Comisiones, Normas de Actuación, Información a Clientes y Publicidad de las Entidades de Crédito (BOE de 19) que dispone en su exposición de motivos

El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquéllas, establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unas y otros, exija la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y regule determinados aspectos de su publicidad.

Conviene, por ello, hacer extensivas al conjunto de las Entidades de crédito las normas que, en materia de tipos de interés, comisiones, normas de actuación e información a clientes, estableció ya para las Entidades de depósito la Orden de 3 de marzo de 1987, así como refundir su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconseja.

Aunque la Orden presta atención a las operaciones clásicas de las Entidades de crédito, tales como préstamos o depósitos bancarios, su ámbito de aplicación es más general, extendiéndose también a otras operaciones (por ejemplo, cesiones de activos financieros, operaciones en divisas, etc.), en las que una mejor información a la clientela sentará las bases de una mayor competencia entre Entidades.

En su artículo quinto señaló

Quinto. -

Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.

Entre dichas normas que establecen derechos para la clientela se encuentran, además de las referidas a los criterios que deben seguirse a la hora de aplicar comisiones, las relativas a los criterios que deben regir para que una comisión sea aplicada y también las relativas a préstamos hipotecarios tal como se prevé en la **Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios** .

Artículo 2. Naturaleza de la presente Orden.

1. El incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones establecidas en esta Orden podrá ser sancionado de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Sólo en lo referente a préstamos con garantía hipotecaria se han constituido en los últimos años casi 11 millones de hipotecas.

| | Total Número |
|----------|-----------------|
| Nacional | |
| 2009 | 1.088.717 |
| 2008 | 1.283.374 |
| 2007 | 1.780.627 |
| 2006 | 1.896.515 |
| 2005 | 1.798.630 |

| | |
|------|------------|
| 2004 | 1.608.497 |
| 2003 | 1.357.242 |
| | 10.813.602 |

En virtud de la Orden Ministerial de 1989 se publicó la Circular del Banco de España 8/90 que instauró el Servicio de Reclamaciones del Banco de España que viene desarrollando sus funciones desde entonces.

En dicha Circular se indica en su norma vigesimocuarta

NORMA VIGÉSIMA CUARTA

Si de las actuaciones practicadas se dedujere el quebrantamiento de normas de disciplina o se detectaren indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de control de cambios, de consumo o competencia, o de otra naturaleza, los Servicios Jurídicos darán cuenta al Consejo Ejecutivo a los efectos oportunos.

Además, en caso de allanamiento o desistimiento de las partes, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro orden que correspondan, el Servicio podrá formular a la entidad las indicaciones que estime pertinentes.

En la Memoria de Supervisión del 2003 se indica la relevancia e importancia que tiene el respeto escrupuloso de las entidades supervisadas de los derechos de los clientes

La financiación de la compra de la primera vivienda es un área de especial sensibilidad desde el punto de vista social, por el esfuerzo económico familiar que supone, por el período de tiempo al que se extienden las obligaciones contraídas y por implicar, en muchas ocasiones, una relación de clientela entre la entidad y el comprador, que suele extenderse a un mayor número de productos. Por ello, es importante seguir una política de especial transparencia y una observancia rigurosa de las normas de protección del usuario¹

Principio de respeto por las entidades financieras de los derechos de la clientela que se reitera en todas las memorias así por ejemplo la del 2004

El tercer gran grupo en que se han dividido las infracciones graves viene constituido por los incumplimientos relativos a la transparencia en la relación de las entidades supervisadas con sus clientes, que suponen, sin duda, un cada vez más relevante objeto de la labor supervisora, como consecuencia no solo de la importancia que reviste la protección de los intereses de la clientela de las entidades objeto de supervisión, sino de la constatación de la habitualidad con que algunas entidades infringen las exigencias normativas sobre estas cuestiones.²

De ahí la relevancia e importancia que tiene dicha función inspectora como se señala en la Memoria de Supervisión del 2006 de cara proteger los derechos de los clientes.

¹ Memoria de supervisión del Banco de España 2003 pag 106

² Memoria de supervisión del Banco de España 2004 pag 83

*El tercer gran grupo en los que se han dividido las infracciones graves viene constituido por los incumplimientos relativos a la transparencia en la relación de las entidades supervisadas con sus clientes, que suponen, sin duda, un cada vez más relevante **objeto de la labor supervisora, que debe orientarse a la conciliación de las máximas exigencias de solvencia de las entidades con el más escrupuloso respeto de los derechos de los clientes de las entidades supervisadas**³.*

En definitiva el Banco de España está capacitado, más bien tiene la obligación, de incoar expedientes sancionadores contra las entidades financieras por infracciones de la norma de disciplina.

Insertamos aquí el número de expedientes incoados por el Banco de España a entidades de crédito (Bancos, Cajas, Cooperativas de crédito y Establecimientos Financieros de Crédito) en el periodo 1998-2009 con los datos reflejados en las memorias de Supervisión publicadas por el Banco de España

| Extadística expedientes disciplinarios tramitados durante el período 1998-2002 | | | | | | |
|--|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
| ENTIDADES | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | TOTALES |
| Bancos | 8 | 8 | 2 | 2 | 4 | 24 |
| Cajas de ahorros | 3 | 2 | 1 | | | 6 |
| Cooperativas de crédito | 2 | 4 | 4 | 5 | | 15 |
| Establecimientos financieros de crédito | | 1 | 3 | 1 | | 5 |
| Sociedades de tasación | | | 1 | | 3 | 4 |
| Sociedades de garantía recíproca | 1 | | | | | 1 |
| Revocación de sociedades de tasación | | | 3 | 1 | | 4 |
| Utilización de denominaciones o realización de actividades reservadas a entidades de crédito | 2 | 4 | 2 | 2 | 4 | 14 |
| Establecimientos de cambio de moneda | | | | | 5 | 5 |
| Publicidad | 2 | | | | | 2 |
| Incumplimiento del coeficiente de reservas mínimas del BCE | | 5 | 6 | 7 | 10 | 28 |
| TOTALES | 18 | 24 | 22 | 18 | 26 | 108 |

Memoria de Supervisión del Banco de España 2002 pag.161

EXPEDIENTES INCOADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA

CUADRO 2.3

| ENTIDADES | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|--|-----------|------------|------------|-----------|
| Bancos | 3 | - | 1 | 1 |
| Sucursales de entidades de crédito extranjeras comunitarias | - | - | - | 1 |
| Cajas de ahorros | - | - | 1 | - |
| Titulares de participaciones significativas en EC | 1 | - | - | - |
| Incumplimiento del coeficiente de reservas mínimas del BCE | 4 | 4 | 3 | 5 |
| Utilización de denominaciones o realización de actividades reservadas a EC | - | 2 | - | - |
| Establecimientos financieros de crédito | 2 | - | - | 1 |
| Sociedades de tasación | 3 | 1 | 5 | 2 |
| Revocación de sociedades de tasación | - | - | 1 | - |
| Establecimientos de cambio de moneda | 8 | 4 | 5 | 5 |
| Establecimientos de cambio de moneda no autorizados | 3 | 2 | - | 2 |
| Revocación de establecimientos de cambio de moneda | - | 183 | 163 | 1 |
| Total | 24 | 196 | 179 | 18 |

FUENTE: Banco de España.

Memoria de Supervisión del Banco de España 2006 pagina 75

³ Memoria de supervisión del Banco de España 2006 pag 79

EXPEDIENTES INCOADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA
 Número

CUADRO 2.4

| ENTIDADES | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|--|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Bancos | 1 | 1(a) | — | — |
| Sucursales de entidades de crédito extranjeras comunitarias | 1 | — | — | — |
| Cajas de ahorros | — | — | — | 1 |
| Titulares de participaciones significativas en EC | — | — | 1 | — |
| Incumplimiento del coeficiente de reservas mínimas BCE | 5 | 2 | 2 | — |
| Utilización de denominaciones o realización de actividades reservadas a EC | — | — | 1 | 2 |
| Establecimientos financieros de crédito | 1 | — | — | 1 |
| Sociedades de tasación | 2 | 2 | 3 | 2 |
| Revocación de sociedades de tasación | — | — | — | — |
| Establecimientos de cambio de moneda y gestión de transferencias | 5 | 6 | 6 | 3 |
| Establecimientos de cambio de moneda no autorizados | 2 | — | 1 | — |
| Revocación de establecimientos de cambio de moneda | 1 | 1 | 3 | 1 |
| Total | 18 | 12 | 17 | 10 |

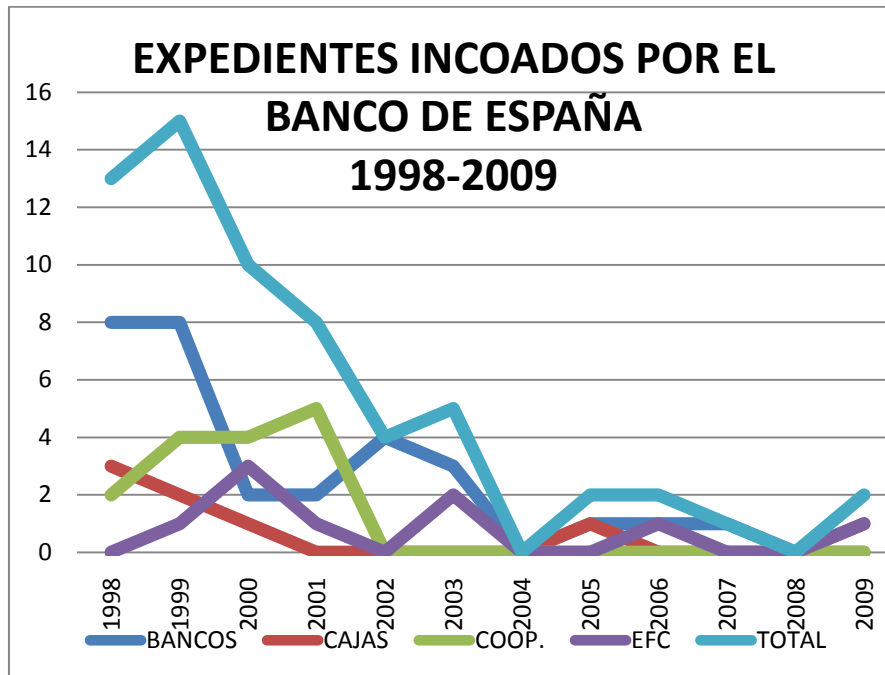
Memoria de Supervisión del banco de España 2009 pag 34

Los datos anteriores extraídos de las Memorias de Supervisión (aunque a la vista de su actividad más bien deberíamos denominarlas Memorias de Superceguera o Minivisión) suponen que **en 11 años se han incoado 62 expedientes** menos de cinco por año en un sector que agrupa a 353 entidades de crédito en la actualidad⁴, a una actividad que se lleva a cabo en más de 44.000 oficinas por casi 200.000 empleados, y en los que en dichos años este sector de inmensa actividad ha sido objeto de los siguientes expedientes.

| | BANCOS | CAJAS | COOP. | EFC | TOTAL |
|------------------------|-----------|----------|-----------|----------|-----------|
| 1998 | 8 | 3 | 2 | 0 | 13 |
| 1999 | 8 | 2 | 4 | 1 | 15 |
| 2000 | 2 | 1 | 4 | 3 | 10 |
| 2001 | 2 | 0 | 5 | 1 | 8 |
| 2002 | 4 | 0 | 0 | 0 | 4 |
| 2003 | 3 | 0 | 0 | 2 | 5 |
| 2004 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2005 | 1 | 1 | 0 | 0 | 2 |
| 2006 | 1 | 0 | 0 | 1 | 2 |
| 2007 | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| 2008 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2009 | 0 | 1 | 0 | 1 | 2 |
| TOTAL 1998/2009 | 30 | 8 | 15 | 9 | 62 |

⁴ Memoria de Supervisión bancaria 2009 pag 95 cuadro A.3.1

62 expedientes incoados en los últimos once años iiiiSIETE EN LOS ULTIMOS SEIS AÑOSiiii.



De esos siete sólo dos han sido como consecuencia de vulneraciones de los derechos de los clientes. Y eso a pesar de que el propio Banco de España es consciente de la necesidad de adoptar medidas completarías dado que la mera supervisión de los folletos de tarifas de comisiones no supone que las mismas sean respetadas.

Este último punto nos pone en contacto con los límites de esta tarea previa de verificación que, por sí misma, no permite asegurar la corrección de toda la política de precios de la entidad, que incluso aplicando aparentemente la letra del folleto puede apartarse de las buenas prácticas.

AL CONTRARIO, LA INMENSA CASUÍSTICA DE UN NEGOCIO QUE PRODUCE INFINIDAD DE OPERACIONES DIVERSAS DIARIAMENTE, Y EN EL QUE PARTICIPAN MILLONES DE PERSONAS CON SUS PROPIAS CARACTERÍSTICAS, EXIGE ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS DE PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA EN ESTE CAMPO, entre los que destaca el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, muchos de cuyos informes

*tienen por objeto evaluar las buenas prácticas bancarias en la aplicación de la política de tarifas de las entidades.*⁵

En ese mismo periodo 1998-2009 el número de reclamaciones planteadas por los ciudadanos a las entidades financieras ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha sido de 64.082.

| RECLAMACIONES AL SRBE | |
|--------------------------|---------------------|
| 1998 | 2.834 |
| 1999 | 2.498 |
| 2000 | 2.730 |
| 2001 | 3.684 |
| 2002 | 4.288 |
| 2003 | 5.313 |
| 2004 | 5.197 |
| 2005 | 5.243 |
| 2006 | 5.473 |
| 2007 | 5.736 |
| 2008 | 7.449 |
| 2009 | 13.637 ⁶ |
| TOTAL | 64.082 |

Aproximadamente se puede considerar que de esas 64.082 reclamaciones el 50% de las reclamaciones planteadas finalizaron con allanamientos de la entidad o con informes favorables al reclamante. Ello supone 32.041 reclamaciones.

Es evidente que el Banco de España ha abdicado de sus competencias de inspección y sanción a las entidades financieras en normativa de transparencia bancaria porque aun si consideráramos que los 64 expedientes incoados, que no significa que terminen con resolución sancionadora, derivaran de informes contrarios a las entidades por vulneración de normativa de transparencia, lo que ya adelantamos que es del todo inexacto, ello supondría única y exclusivamente que **sólo se incoaron expedientes sancionadores sobre el 0.193% de los informes contrarios a las entidades.**

Pero si esos datos resultan ya demoledores si consideramos los últimos seis años el resultado es aún más abrumador y además constata que **la sensación de impunidad, de que el sector financiero es el reino de la impunidad ha calado profundamente en las entidades que en**

⁵ Memoria de Supervisión 2003 pag. 90

⁶ Fuente <http://www.bde.com.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/reclama.html>

estos momentos se dedican a abusar sin el menor reparo de sus clientes lo que ha contribuido a que las reclamaciones se disparen hasta las 13.637 en el 2009.

En los últimos seis años (2004-2009) se presentaron 42.735 reclamaciones, de las cuales se supone la mitad con informes favorables lo que suponen, aproximadamente 21.368 informes favorables a los reclamantes. en ese periodo se acordó la incoación de la escalofriante cifra de ..i 7 expedientesjii... jii un 0,03 por cientojii

Basta una comparación con cualquier otro sector y comprobaremos que el Banco de España ha renunciado al ejercicio de sus funciones en un sector en el que hay decenas de millones de contratos y operaciones financieras, más de 44.000 oficinas. En ese sector el Banco de España ha acordado incoar ni más ni menos que siete expedientes sancionadores en SEIS AÑOS.

Cualquier agente encargado de la vigilancia de las zonas de aparcamiento regulado, las denominadas zonas azules etc, impone él solo más denuncias en una mañana en un par de calles que los expedientes, que no sanciones que ha acordado interponer el Banco de España a Entidades financieras en los últimos seis años.

Puede ser que para el Banco de España el sector financiero sea una paradisiaca isla donde el cumplimiento escrupuloso de la normativa, el buen hacer y la satisfacción de los derechos de la clientela impregne la vida diaria de sus habitantes pero más de 20.000 reclamaciones en los últimos años deberían ser una señal suficiente para transmitirle lo equivocado que está.

Millones de operaciones financieras se han desarrollado en los últimos años. Decenas de miles de reclamaciones han sido resueltas por el Servicio de reclamaciones. Una enorme parte favorables a los clientes Y A PESAR DE ELLO JAMÁS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS HA SUPUESTO NI TAN SIQUIERA LA INCOACIÓN DE UN EXPEDIENTE SANCIONADOR.

Ello genera una situación de peligrosa impunidad que está promoviendo el desarrollo de conductas cada vez más abusivas, engañosas y contrarias a los intereses de la clientela y el respeto de sus derechos visto que abusar de los clientes sale muy rentable y no conlleva ningún riesgo más que la devolución de las cantidades obtenidas ilícitamente en la hipótesis de que el cliente reclame, el Banco de España le de la razón y le apetezca a la entidad financiera. Sin que ello suponga otra cosa que un escrito cuyo efecto en las entidades es el mismo que las admoniciones de un abuelo desdentado a los nietos para que se porten bien.

De hecho en la **Memoria de Supervisión bancaria del año 2002** se indica

Una cuarta área de relevancia en el trabajo de inspección in situ ha sido la revisión del cumplimiento de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios de los servicios y productos bancarios. Como consecuencia del

análisis y la revisión de operaciones con clientes, se han formulado 22 requerimientos y recomendaciones, instando a la modificación de distintos aspectos de las políticas y procedimientos de las entidades, debido a la existencia de incumplimientos de las citadas normas de defensa del consumidor/usuario o de las obligaciones de transparencia en las operaciones⁷.

O en la Memoria del 2003

En 31 escritos se exigía el correcto cumplimiento de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios y, más en general, de las normas de transparencia en las operaciones con la clientela.

Finalmente en la Memoria del 2009 se sigue con dicha pasmosa, actividad de remisión de escritos que no va acompañada de sanciones. Escritos que es innegable que se han transformado en una letanía monocorde para las entidades financieras a las que no se hace el menor caso.

MATERIA DE LOS ESCRITOS DIRIGIDOS A ENTIDADES SUPERVISADAS

CUADRO 2.3

Número

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|---|------------|------------|------------|------------|
| Riesgo de crédito | 145 | 231 | 177 | 127 |
| Contabilización de riesgos crediticios, debilidades en acreditados e incremento de necesidades de cobertura | 96 | 164 | 130 | 95 |
| Calidad de los controles del riesgo de crédito (procesos de concesión, seguimiento, etc.) | 49 | 67 | 47 | 32 |
| Gestión y control interno | 102 | 147 | 79 | 52 |
| Gestión y control interno en general | 84 | 120 | 59 | 44 |
| Actividades en los mercados de capitales | 18 | 27 | 20 | 8 |
| Recursos propios y solvencia | 30 | 41 | 23 | 15 |
| Coeficiente de solvencia | 30 | 41 | 23 | 15 |
| Otra normativa | 146 | 162 | 78 | 84 |
| Incumplimiento de normas relativas a transparencia y relaciones con la clientela | 31 | 35 | 19 | 16 |

⁷ Memoria de supervisión bancaria 2002 pag. 76

Se observa como el Banco de España, lejos de acordar la incoación de expedientes sancionadores ante hechos que a su entender suponían la violación de los derechos de la clientela opta por recatados requerimientos cuyo nulo resultado están sufriendo millones de clientes diariamente sin que nadie intervenga.

Decimos que nadie les proteja porque el Plan de actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores adoptado por la 13ª Conferencia Sectorial de Consumo **celebrada el 29 de noviembre de 1999**, incluyó al sector financiero entre los sectores cuyas condiciones generales debían de ser objeto de investigación⁸. Sorprendentemente, o mejor dicho, lógicamente **ONCE AÑOS MAS TARDE DICHO INFORME SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS AUN NO SE HA REALIZADO**⁹ en el sector que más reclamaciones acumula y más impacto tienen dichas cláusulas.

Con ser grave dicha dejación absoluta de sus funciones llevada a cabo por el Banco de España se le unen los pasmosos cambios de criterios en diferentes cuestiones algunos de ellos tras amistosas comidas con representantes de las patronales¹⁰ (comisiones de reclamación de posiciones deudoras, comisiones de descubierto, comisiones de devolución, permutas financieras o SWAPS) o el carácter no vinculante de las decisiones del Servicio de Reclamaciones con lo que se deja a los consumidores inermes ante los abusos de las entidades financieras dejándoles como única vía de satisfacción las reclamaciones judiciales como ha señalado desde hace años este Defensor del Pueblo.

Finalmente la gota que ha reflejado con luz cegadora el hundimiento, más que escoramiento, del Banco de España ha sido la posición claramente manipulada, errónea y torticera a favor de las entidades con el último informe presentado al Senado sobre la cláusula suelo¹¹ utilizando **un argumento falso y erróneo**¹². Así el Banco de España alegó en su informe:

⁸ <http://www.consumo-inc.es/Informes/informes/clausulasAbusivas/protocolo.htm>

⁹ Una relación de los escasos informes realizados está en

<http://www.consumo-inc.es/Informes/informes/clausulasAbusivas/home.htm>

¹⁰ Por ejemplo en el caso de las comisiones de devolución.

¹¹ BOCG, SENADO, SERIE I 7 de mayo de 2010 nº 457 pags 12 y ss.

¹² **La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala Primera) que en su sentencia de 3 de junio de 2010 en el asunto C-484/08 ha señalado que es perfectamente legítimo que España aprobara leyes que autorizan un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.** Lo cierto es que el Informe del Banco de España partía de una misma premisa que era absoluta y totalmente equivocada tal como habían determinado de manera unánime numerosas sentencias en relación al redondeo al alza, mucho más si se analizaba la evolución del texto de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y que adaptaba dicha Directiva al ordenamiento español y no era sino el último clavo al que se aferraban las entidades financieras para continuar abusando de sus clientes.

Por 10 que respecta a la protección del usuario de servicios financieros, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores proclama el principio de 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».

Este precepto obliga a considerar que las estipulaciones que componen el núcleo obligacional del contrato no son, en general, susceptibles de ser catalogadas como abusivas, porque el legislador entiende que respecto a ellas deben jugar la libre autonomía de las partes y las reglas del mercado. Es decir, que los prestatarios han consentido libremente estas cláusulas (sean de «suelo y techo» o sólo de «suelo» o «techo») al suscribir el contrato de préstamo hipotecario. Si bien, si hubiera mediado algún tipo de vicio del consentimiento, como el error, la parte perjudicada puede acudir a los tribunales de justicia.

A este respecto, procede indicar que el Tribunal Supremo, con ocasión de un recurso de casación interpuesto en un procedimiento en el que dilucida la validez de las cláusulas de «redondeo», ha solicitado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base del artículo 234 del Tratado, aclaración del sentido de los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con los artículos 2, 3.1 g) y 4.1 del Tratado CE, para valorar el significado y consecuencias jurídicas de que el citado artículo 4.2 no haya sido incorporado al ordenamiento español. 4

En base a dicha torticera argumentación que además había sido rebatida en todos los pronunciamientos judiciales en los que las entidades indicaban estos mismos argumentos para rebatir la nulidad del redondeo al alza (pronunciamientos judiciales contrarios a dicha postura a los cuales no hizo referencia alguna en su informe) el Banco de España, lejos de mantener una postura, como mínimo respetuosa con su supuesta imparcialidad e independencia, se alineó de manera que no podemos calificar sino como vergonzosa, con los intereses de las entidades financieras.

Podía haber señalado al menos que se trataba de una cuestión discutida o controvertida y cuya resolución definitiva estaba pendiente de una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podía haber hecho referencia como mínimo a las Sentencias de las diferentes Audiencias Provinciales que tratando dicha cuestión con ocasión del debate acerca del carácter abusivo o no del redondeo se habían pronunciado al respecto.

Lejos de todo esto y en base a ese falso razonamiento concluyó su informe al Senado de manera absolutamente equivocada sino mendaz (y sin que a la fecha haya emitido un nuevo informe rectificatorio del anterior)

[...]En todo caso, las acotaciones presentes en estas cláusulas constituyen desde el punto de vista jurídico una parte más del precio del préstamo, y como tal, y siempre que se incluyan en cláusulas redactadas de manera clara y comprensible, deben considerarse libremente pactadas y en consecuencia, según indica la Directiva 93/13/CEE, no cabrá catalogarlas como abusivas.

Con ello el Banco de España hacía un favor más, de ya una larga lista, en beneficio de las entidades financieras y castigaba a los millones de consumidores a los que las entidades les

aplican de manera inmisericorde dicha clausula. Clientes que como ha señalado el Defensor del Pueblo en su memoria del 2009 han llegado a perder sus viviendas porque después de quedarse en el paro el banco se negó a quitarles la clausula y les ejecuto la hipoteca por no poder pagarla en una conducta que ,a nuestro entender, es el paradigma de la ruindad, la mezquindad y la vileza.

Existen dos circunstancias que entendemos explican esa abúlica complacencia, esa interesada mansedumbre del Banco de España con la actuación de las entidades financieras que hacen parecer que el Banco de España, o los servicios de Inspección hayan sido estabulados por las entidades financieras .

Dos fenómenos ya analizados desde hace décadas confluyen a nuestro entender en dicha situación. Por un lado el efecto de "las puertas giratorias" o "revolving doors" en Derecho anglosajón en el que los funcionarios de los organismos de supervisión pasan frecuentemente del lado de la supervisión al de los supervisados con un sustancial incremento de sus emolumentos (sin ir más lejos el actual presidente de la AEB entre otros).

Por otro lado tal como manifestó, citando a J. K. Galbraith, el ex presidente de la CNMV Sr. Conthe en su toma de posesión el 7 de octubre de 2004: **“En la juventud los reguladores son agresivos y contundentes, luego se ablandan y tras quince años se someten al control de los supervisados”**¹³ en lo que la doctrina ha venido a denominar como el "fenómeno de captura del regulador".

Por desgracia para millones de clientes y para la economía en general en España no ha hecho falta esperar ni tan siquiera esos quince años.

Por lo que antecede

SOLICITO AL DEFENSOR DEL PUEBLO Que tenga por presentado este escrito y en su virtud acuerde la iniciación de actuaciones de investigación con el fin de determinar las causas de la dejación de funciones de inspección y sanción del Banco de España sobre las entidades financieras que vulneran los derechos de la clientela.

En Palma de Mallorca a 29 de Agosto de 2010

Carlos Hernández Guarch
Presidente
ACUIB

¹³ Según cita en el periódico EXPANSION de 8 de octubre de 2004