

EL PAPEL DEL OMBUDSMAN BANCARIO EN LOS CONFLICTOS BANCARIOS EN ESPAÑA(*)

*Prof. Ana Isabel Blanco García(**)*

1.- La Incidencia de la Crisis Económica e Hipotecaria en España, Consecuencia de la Crisis Mundial y Medidas Posibles

Los últimos años se ha vivido un recrudescimiento de la crisis económica y financiera, tanto a nivel internacional como europeo, que ha causado verdaderos estragos mundialmente, arrasando no solo lo económico sino los valores, las ideologías, la ética y generando un derrumbe de cuanto supusieron las conquistas del mundo occidental en el Siglo XX. En España ese “*tsunami*” ha vapuleado especialmente en estos últimos meses el mercado laboral, lastrando a personas individuales, familias enteras, empresas, administraciones, etc. Una crisis cuya huella y sus consecuencias van a ser difíciles de olvidar.

Ese contexto que se vive en España, en Europa y en el mundo en general, aun cuando a diversas velocidades, ha sido la consecuencia devastadora de la crisis económica que comenzó en 2008 en Estados Unidos, con la subida de los precios de las materias primas, especialmente el petróleo y los alimentos, y con el estancamiento de

la globalización económica. A ello se unió de forma simultánea una crisis crediticia e hipotecaria debido a la burbuja inmobiliaria y a la devaluación del dólar, estrechamente vinculada a la declaración de quiebra en septiembre de 2008 del principal banco de inversiones estadounidense, Lehman Brothers.

En este contexto merece especial mención la denominada crisis hipotecaria. Una situación originada por la crisis “*subprime*”, derivada de la concesión de hipotecas de alto riesgo con tipos altos, apareciendo productos financieros complejos que llevan a que instituciones hipotecarias vendan activos a bancos de inversión y consolidadores que combinan éstos con otros más seguros, si bien estos activos están contaminados con lo que se ha venido denominando deuda “*subprime*”, vendiéndose de forma masiva en un mercado global. Se produce una compraventa especulativa (compra y venta en menos de seis meses), subiendo los precios de forma exponencial. Los bancos de todo el mundo compran activos contaminados y provisionan pérdidas, si bien cuando comienza a cundir el pánico financiero, los bancos adoptan como primera medida la reducción drástica de nuevos préstamos. Comienzan las pérdidas multitudinarias en el

(*) Realizado en el marco de los Proyectos de Investigación MEC/DER2010-17126 y PROMETEO 2010-095 Generalitat Valenciana.

(**) FPI-MICINN Derecho Procesal, Universitat de València

sector bancario y en el de seguros, producto del aumento de la morosidad.

La pregunta que ha llenado libros, revistas y medios de comunicación es por qué no se pudo prever esta situación. La respuesta hay que hallarla en la escasa regulación del sector, con fallos en la supervisión de las instituciones públicas, especialmente en EEUU, que es el punto de arranque de esta crisis. No debe olvidarse que algunas firmas como el banco de inversiones que auditan estas entidades están a su vez colocando sus bonos en el mercado, lo que lleva a la irresponsabilidad de conseguir que agencias de calificación crediticia mejoren la calificación de los activos compactados para venderlos más fácilmente.

La crisis norteamericana pronto llegó a Europa, de modo que en la segunda mitad del 2008 la economía de la eurozona se contrajo un 0,2%. Dinamarca, Francia y Alemania fueron los primeros países europeos afectados por la crisis. Y como era de esperar también llegó a España. En España, pese a la información que parece haberse extendido, curiosamente la regulación y el control sobre las instituciones financieras hizo que la banca estuviera inicialmente mejor preparada para los primeros envites, si bien el efecto "dominó" que arrasó la globalización no impidió que nuestro sistema financiero se viera igualmente afectado hacia finales del 2008, con el primer efecto demoledor para nuestro país: la reducción del crédito y con ella la drástica falta de liquidez, con reducción del consumo y bajada de la inflación, y con un riesgo de deflación, que no es sino la caída generalizada del nivel de precios de bienes y servicios en una economía, y con ello, obviamente, se genera una disminución de la actividad económica y un aumento del desempleo.

Las coordenadas expuestas son las causantes de una situación que solo se explica desde la cultura española hacia la vivienda en propiedad. Esta cultura se había visto indudablemente favorecida por la etapa dorada de bonanza económica que en los albores del Siglo XXI vivió España, que asumió un rol preponderante en la economía mundial en gran medida como consecuencia de su crecimiento económico en Latinoamérica. En ese contexto podría decirse que el aumento de la liquidez vino a consolidar lo que se denominó el "boom" inmobiliario, siendo que nuestro país se alimentaba fundamentalmente de la construcción. Las coordenadas de crisis mundial sin embargo han arrastrado al sector inmobiliario poniendo fin a esa era dorada de la construcción, consecuencia de las dificultades para la financiación y con ello una destrucción masiva de desempleo y de desaparición de determinados sectores productivos ligados estrechamente a la construcción. Muy probablemente por ello es por lo que la caída del crecimiento en España se ha dejado sentir más acusadamente que en el resto de Europa.

Ante esta situación la crisis económica ha azotado a numerosas familias a las que ha alcanzado con desempleos y sin poder cubrir las hipotecas que se habían suscrito para el pago de las viviendas. Ello provocó que se precipitaran multitud de desahucios debido a impagos de hipotecas, generando verdaderos dramas personales y con ellos sociales. Mucho se ha hablado y escrito en estos últimos tiempos en torno a posibles medidas que pueden adoptarse para paliar esta situación, siendo al respecto interesantes las siguientes. De ahí que con carácter de urgencia se adoptare una norma provisional que incorporase medidas

urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, dando lugar a la aprobación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹. En la actualidad se encuentra, sin embargo, en tramitación, la norma que con rango de Ley otorgará dicha protección incorporando una serie de medidas que permitan adaptar a cada caso concreto la búsqueda de una solución transitoria y negociada de los que por aplicación de la norma se encontraban en situación de desahucio.

Igualmente se ha hecho especial referencia en los últimos tiempos a la aplicación de los códigos de buenas prácticas de la banca, para favorecer la flexibilización de los deberes hipotecarios. En el mes de marzo de 2012 se aprobó en España el Código de Buenas Prácticas que suscribió la banca

para resolver el problema de los hogares hipotecados. Es un convenio de adscripción voluntaria y que prácticamente casi todas las entidades han suscrito. En ellos los favorecidos que son todos los hipotecados pueden establecer una suerte de negociación en la que cabe por un lado cuando se trata de hipoteca sobre vivienda habitual que no exceda de 200.000 euros en las grandes ciudades o 120.000 en las poblaciones de menor tamaño, incluir, ante la imposibilidad de hacer frente a sus pagos, un periodo de carencia de cuatro años y un potencial alargamiento del resto del crédito a 40 años.

Se trata de una renegociación en términos muy favorables. Incluso entre las medidas que pueden adoptarse se hace referencia a lo que se denomina la propuesta de una quita equivalente al 25% del capital pendiente, descontando de la deuda restante la cuantía equivalente a las cuotas ya cubiertas.

1 BOE 16 noviembre de 2012. Este Real Decreto se aprueba ante las circunstancias excepcionales que atravesaba el país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encontraban en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exigiéndose la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyeran a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Es por ello que se aprueba la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el real decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas. La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género. Asimismo, en las familias que se acojan a esta suspensión los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual. Adicionalmente, se incluye un mandato al Gobierno para que emprenda inmediatamente las medidas necesarias para impulsar, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

Merece especial atención, probablemente porque es la medida que más se ha pronunciado y exigido en los últimos meses, de la denominada “dación en pago”, que consiste en entregar la vivienda para zanjar la deuda. Puede evitarse el lanzamiento mediante el pago del 3% de la deuda pendiente en concepto de alquiler y permanecer en la vivienda por un plazo máximo de dos años. No es una medida nueva, dado que está contemplada en la legislación española en el artículo 140 de la ley Hipotecaria, si bien depende de la buena voluntad de las entidades si no existe un acuerdo suscrito previamente en el contrato de préstamo. Lo que es novedoso es la pretensión de incorporar esta medida como obligatoria para la banca, y desde luego la pretensión de que la misma se aplicase con carácter retroactivo no es aceptada por nadie, a salvo de generar inseguridad jurídica. Pese a ese aplauso generalizado, no debe considerarse como una medida consecuencia del impago, y ello por cuanto no todas las familias estarían dispuestas a la dación en pago para saldar la deuda, perdiendo su hogar familiar, y no siempre –o casi nunca más bien- la banca estaría dispuesta a ello, dado que se convertirían, aún más si cabe, en inmobiliarias con stocks que podrían provocar situaciones más gravosas de las que se presentan en la actualidad.

Estos conflictos provocados y producidos en el sector bancario venían siendo planteados exclusivamente en sede judicial, generando un verdadero caos en los tribunales y provocando un verdadero sentimiento de frustración a los usuarios. En estos últimos meses se ha reiterado con mayor intensidad la necesidad de ir adaptando a los conflictos

que pueden plantearse en el sector bancario no solo las normas que regulan la tutela jurisdiccional efectiva de los ciudadanos ante estos conflictos sino también la de favorecer la incorporación y adaptación de las ADR (soluciones extrajurisdiccionales) a los conflictos bancarios. Una de esas fórmulas, que no la única, que ha arrancado con mucho ímpetu en España es la de la mediación hipotecaria, que trabaja para buscar la mejor de las soluciones en el contexto que vivimos y que además sea la que las mismas partes entienden como la negociada. En suma, pretende trabajar con el sector bancario y con los usuarios y consumidores de la banca para paliar esta grave situación en la que nos hallamos.

En ese contexto de búsqueda de soluciones extrajurisdiccionales, y no como fruto de la situación de crisis actual sino como incorporación desde hace ya algún tiempo, merece destacarse la labor que ha venido desempeñándose por la figura del *Ombudsman* bancario y de la estrecha relación que puede encontrarse, así como las diferencias, con el Servicio de reclamaciones del Banco de España. Son figuras diversas, que surgen por motivos diferentes y con funciones igualmente distintas, si bien enlazan con esa idea loable de evitar la conflictividad en el mundo bancario y tratar de buscar la mejor de las soluciones en un contexto económico en el que la negociación y los acuerdos son las únicas vías que pueden llevar a paliar este malestar y descontento que se vive en todos los lugares de España, de Europa y allende las fronteras europeas. ¿Es la panacea? Evidentemente no, pero puede incorporarse como una buena medida paliativa a este desencanto ético, humano y social que desgarradoramente vivimos.

2. *Ombudsman Bancario. Su incorporación al ordenamiento jurídico.*

La institución del *Ombudsman*², conocido en español como Defensor del Pueblo, puede llegar a cumplir un papel fundamental en la mejora de la convivencia social y en la aplicación de las técnicas ADR en sectores caracterizados por su complejidad y tecnicidad, tales como el sector de las telecomunicaciones, de la energía, de seguros, financiero, etc. Aun siendo una institución no desconocida, no ha cumplido la enorme proyección social que puede llegar a alcanzar como consecuencia de las funciones de pacificación social que puede tener atribuidas en diversos ámbitos conflictuales.

Cierto es que la referencia a una institución como ésta ha sido fruto de la modernidad, si bien no se trata de un concepto novedoso, más bien al contrario. Su origen data de 1809, año en que fue creada, en la Constitución sueca, la institución del *Justitieombudsman*³, (en español, Comisionado de Justicia). Nació con una finalidad concreta: la de corregir

los abusos realizados por la administración pública. Con posterioridad, en el año 1971, se instauró también en Suecia un Tribunal de Defensa del Consumidor, así como la oficina del *Ombudsman* de los consumidores⁴; su objetivo principal consistía en garantizar que las leyes de protección de los consumidores fueran cumplidas.

Nótese que en sus inicios fue un término acuñado para el sector público, surgía como una cortapisa a la libertad del tráfico económico, estrictamente limitado por las decisiones públicas. Sin embargo, su continua y constante evolución ha supuesto su asimilación también para el sector privado, convirtiéndose en una figura de gran relevancia e impacto en las relaciones jurídico-privadas debido a su *“flexibilidad, accesoriabilidad, menores costes económicos y función de prevención”*⁵ para garantizar y salvaguardar los intereses individuales y colectivos de los consumidores. Esa protección en torno a la función tuitiva sobre los consumidores ha abierto enormes expectativas para el desempeño de su función y para la expansión objetiva y subjetiva de la misma.

-
- 2 Respecto al origen etimológico de la palabra y su significado, véanse, SAN MARTÍN, J.: “Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco”. *Cuadernos de Sección Derecho*, N° 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28, VON JIPPEL, T.: *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 2, MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV.: *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dir. por CUÑAT EDO, V., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 216-217, y <http://defensorpueblo.blogspot.ch/2007/08/la-significacin-etimologica-del.html>, consultada el día 12 de enero de 2013.
- 3 MARSHALL, M., REIF, L.: “The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution”, *Alberto Law Review*, 1995, N° 34, pp. 215-220, y KUCSKO-STADLMAYER, G.: *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008, p. 1.
- 4 Al respecto, MORA, A., IMBERNÓN GARCÍA, M. J.: *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, pp. 29-42, EDLING, A.: “La experiencia Sueca: el Ombudsman del Consumidor”, *Estudios de Consumo*, N° 24, Instituto Nacional de Consumo, 1992, pp. 72-79, KUCSKO-STADLMAYER, G.: *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008, p. 1, VON JIPPEL, T.: *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 2-5, y <http://defensorpueblo.blogspot.ch/2007/08/la-significacin-etimologica-del.html>, consultada el día 22 de enero de 2013.
- 5 BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 87.

Así pues, el ordenamiento jurídico sueco creó otros *Ombudsmen*, con idénticas funciones que los Comisionados, pero con finalidades específicas, entre los que destaca, a título de ejemplo, el “*ombudsman* de la libertad de empresa” creado en 1954. Sin embargo, debe destacarse que Suiza fue uno de los primeros países, si no el pionero, en crear un *Ombudsman* como una organización privada e independiente para un sector concreto y más complejo, el de seguros. Fue denominado *Versicherungsbudsmann*⁶.

Aun cuando los orígenes vinieron marcados por las actuaciones anteriores, cuando del sector bancario se trata se produjo un importante paso en el Reino Unido, al surgir el primer *Ombudsman* bancario en 1986, bajo la iniciativa de 17 bancos británicos⁷.

Y, como era de esperar, esta innovación tuvo su proyección en diversos países europeos entre los que destaca nuestro país. Así, precisamente, un año después, en el marco del proceso de liberalización del sector bancario⁸, se estableció en España un órgano de naturaleza administrativa destinado a atender las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios financieros, así como promover todas aquellas actuaciones que faciliten el conocimiento de la normativa en materia de transparencia y protección de la clientela⁹. Surge lo que se denominó como el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en adelante, SRBE)¹⁰, que, como bien indica su nombre, se ha constituido como un servicio sin personalidad jurídica dentro del propio Banco de España. Evidentemente esta

-
- 6 Véase su web oficial: <http://www.versicherungsbudsmann.de/home.html>, consultada el día 22 de enero de 2013.
- 7 Véase la web oficial del *Financial Ombudsman* en Reino Unido, <http://www.financial-ombudsman.org.uk/>, consultada el día 22 de octubre de 2012. Véanse, también, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “En torno a los ombudsmen bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 26, 1984, pp. 436-437, LEIBOWITZ, D., LESTER, C.: “Banking and finance disputes”, en AA.VV.: *ADR and Commercial Disputes*, ed. por R. CALLER, Sweet&Maxwell, Londres, 2002, pp. 32-35 y ANDREU MARTÍ, M. M.: *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 174-181 y 187-197.
- 8 Fue un proceso iniciado en 1981 que culminó con su creación de conformidad con la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987, *sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de depósito*. En la actualidad este servicio está regulado por la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20.09.1990). Al respecto, MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, pp. 217-218, AA.VV.: *Manual de sistema financiero español*, dir. por A. CALVO BARNARDINO, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 110-115.
- 9 Véase el listado de toda la normativa sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela, por orden cronológico y por materias, véase, BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2011”, pp. 290-292, encontrada en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/11/MSR2011.pdf>, consultado el día 22 de enero de 2013.
- 10 Véase su web oficial: <http://www.bde.es/bde/es/>, consultada el día 19 de enero de 2013. Sobre la evolución del Banco de España, véanse, MARTÍN ACEÑA, P., MARTÍNEZ RUIZ, E., NOGUES MARCO, P.: “The Bank of Spain: a national financial institution”, *Documentos de Trabajo*, Nº 1205, Asociación Española de Historia Económica, Madrid, 2012. Documento encontrado en: www.aehe.net, consultado el día 19 de enero de 2013. En general, sobre este Servicio del Banco de España, véanse, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV.: *Contratos bancarios*, dir. por R. GARCÍA VILLAVERDE, Civitas, España, 1992, pp. 897-966, RUBIO VILAR, J.: “Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España: La experiencia del Servicio”, *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 3, 1996, pp. 519-568, y PANCORBO LÓPEZ, M. L.: “El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como órgano de resolución de controversias bancarias y de protección de la clientela bancaria”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Nº 237, 2001, pp. 967-1012.

vía es de naturaleza pública y responde a unos objetivos muy claros que favorecen la transparencia del sistema bancario y en suma la protección de la clientela bancaria en general. Este modelo no es contradictorio con la concurrencia de la figura del *ombudsman* bancario, cuya estructura procedimental y su función como medio de resolución de las controversias surgidas en las relaciones jurídico-privadas establecidas entre las entidades financieras y sus usuarios vamos a analizar.

Queremos, sin embargo apuntar que, en ámbitos como el que nos ocupa, caracterizados por su complejidad y su especificidad, el hecho de poder acudir a un tercero independiente, pero a la vez experto en la materia, supone un gran avance para el reforzamiento de la paz social, así como de las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes bancarios. Quizás el gran problema que se ha vivido en la mayor parte de Europa ha sido el no saber presentar una figura como la que se analiza, en la que el *expertise* que ofrece y la posibilidad que entraña de llegar a situaciones *ad hoc* pactadas para cada caso concreto son sus grandes valores. Sin embargo esa idea de falta de neutralidad provocada por su propia inserción en el banco ha lastrado muchas de las ventajas y bondades que el modelo comporta. Y muy probablemente por ello los clientes bancarios han venido acudiendo a los tribunales, terceros ajenos al conflicto, para buscar soluciones. Hay que cambiar esa cultura de litigiosidad y envolver la

propuesta que permite acudir a las técnicas ADR para solucionar sus problemas con las entidades financieras como medios mucho más adecuados para alcanzar una mayor paz en el sector bancario, derivada del alto índice de satisfacción que podría alcanzarse tanto por los clientes como por la banca. Los resultados no pueden ser los mismos que mediante la imposición de un juez de la solución fundada en la norma jurídica.

Y precisamente en ese impulso de las ADR y en esa aplicación de las técnicas no jurisdiccionales en la búsqueda del control del conflicto bancario se ha manejado la doble vía: por un lado, el SRBE, de naturaleza pública, y por otro, el legislador español ha previsto la posibilidad de que las propias entidades financieras, en virtud del principio de autorregulación, proporcionen a sus clientes una vía rápida, eficaz y extrajudicial de resolución de tales problemas. Así, las entidades bancarias han previsto que sus clientes acudan a un mediador independiente, imparcial y experto en materia bancaria, para que proponga una solución adecuada y lo más beneficiosa posible para ambas partes.

Esta institución se conoce como Defensor del Cliente. La primera referencia a esta figura la encontramos en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989¹¹, siendo además la primera mención reglamentaria a la figura del Defensor del Cliente¹², que apareció en nuestro ordenamiento ligada a la del SRBE. Esta Orden Ministerial incorporó un trámite en el procedimiento de resolución

11 Derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros.

12 ANDREU MARTÍ, M. M.: "Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 54, 1994, pp. 425-448, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: "Contratación bancaria y consumo", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 30, 1988, pp. 259-328, MARCO COS, J. M.: "La protección del cliente de la entidad de crédito", *CDC*, Nº 17, 1995, pp. 107-141.

de la controversia del SRBE. Así, exigió la previa comparecencia ante el Defensor del Cliente u órgano equivalente, en caso de que la entidad ya lo hubiera instaurado, antes de poder presentar la queja, reclamación o consulta ante el SRBE, si bien no se especificaron los requisitos y características que debía reunir, otorgando plena libertad de regulación a las entidades de crédito. Encontramos ejemplos de entidades que ya disponían de este órgano. Precisamente, el pionero fue un banco privado, el Banco Bilbao en 1986, siguiéndole, un año más tarde, la Federación Catalana de Cajas de ahorro, quien designó a un jurista como defensor del cliente. Merece reseñar que en su primer año de funcionamiento estos dos *ombudsmen* recibieron 515 quejas de sus clientes¹³, cifra que ya hacía presagiar la relevancia y las repercusiones que iban a tener estos sistemas de resolución de conflictos en las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos observar que existe una peculiaridad en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, como señala MARIMÓN, contamos con un “*sistema de doble escalón [...] los Ombudsmen designados por las entidades de crédito a título individual o colectivo y un defensor público, habilitado*

por el Estado e integrado en la estructura organizativa del Banco de España”¹⁴. Son dos variables de *Ombudsmen*. Por un lado, los que se instituyen por las propias entidades financieras, que tienen aún poca presencia en la práctica conflictual bancaria y el podríamos decir verdadero *Ombudsman*, que es el que con esa naturaleza pública que le abre mayores ámbitos de actuación, se despliega siendo común a todas las entidades financieras, que es el SRBE¹⁵.

3. Instituciones específicas del Ombudsman Bancario Español

Como hemos apuntado, en el marco de la resolución de conflictos nacidos en el seno de una relación jurídica entre una entidad financiera y sus clientes, hay previstos diversos órganos extrajurisdiccionales, (Servicio de Atención al Cliente, Defensor del Cliente y SRBE), que cumplen idéntica función pero entre los que existe una relación de *cuasi-jerarquía*.

3.1. El Servicio de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente

En las páginas anteriores hemos aludido a la figura del Defensor del Cliente¹⁶ como

13 Véanse, y SAN MARTÍN, J.: “Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, Nº 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28, http://elpais.com/diario/1988/08/07/economia/586908007_850215.html, http://elpais.com/diario/1995/01/05/economia/789260415_850215.html, consultadas ambas el día 23 de enero de 2013.

14 MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, p. 219.

15 RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, *op. cit.*, p. 618 y MORENO LISO, L.: “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 122, 2011, p. 82.

16 Al respecto, véanse, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. A., RODRÍGUEZ PARADA, S. M.: “La protección del cliente bancario ¿realidad o utopía?”, *Tribuna de Economía*, Nº 814, 2004, pp. 224-229 y VEGA SERRANO, J. M.: *La regulación bancaria*, La Ley, España, 2011, p. 124.

un *Ombudsman* designado por la propia entidad de crédito. Sin embargo, en 2002, el legislador español fijó la obligatoriedad de contar con un Departamento o Servicio de Atención al Cliente como órgano de resolución de quejas y reclamaciones. Asimismo estableció el carácter potestativo del Defensor del Cliente¹⁷.

Lo significativo de la nueva regulación no es el hecho de que se deba crear un Servicio de Atención al Cliente, pues muchas de las entidades de crédito que operaban en España contaban ya con servicios similares encargados de resolver de una manera eficaz las quejas y reclamaciones de sus consumidores, sino la obligatoriedad de su implantación. Esta obligatoriedad ha supuesto en la práctica que las entidades tomaran conciencia de la esencialidad de este servicio para mantener las buenas relaciones con los clientes. En la actualidad esta idea se ha venido a reforzar de forma exponencial. Fue a partir de ese momento cuando se adoptaron una serie de medidas necesarias para que el nuevo modelo implantado y especialmente los procedimientos que se puedan desarrollar en su seno respeten los “*principios de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación*”¹⁸.

Así las cosas, todas las entidades bancarias españolas supervisadas por el Banco de España están obligadas a tener un Servicio de Atención al Cliente y, potestativamente, un Defensor del Cliente. De ahí que surja la cuestión de si son necesarias ambas instituciones y, en su caso, el grado de relación que deben mantenerse. En este sentido, como punto de partida, debe afirmarse que la relación que existe entre ambos es de *cuasi-jerarquía*, puesto que, en caso de que un cliente interponga una queja, puede hacerlo en primer lugar ante el Servicio de Atención al Cliente y, en caso de que no esté conforme con la resolución, puede acudir al Defensor del Cliente, en aquellos casos en los que la entidad de crédito contra la que reclama lo haya establecido, actuando este órgano como una segunda instancia¹⁹. Por tanto, vemos que constituyen dos instancias sucesivas de resolución extrajudicial de conflictos, que no alternativas.

El problema de estos *Ombudsmen* es que son creados por las propias entidades, quienes además, elaboran los reglamentos internos que los regulan²⁰, por lo que realmente no pueden ser entendidos como un tercero ajeno a los clientes. Y ello es lo que ha pro-

17 Art. 29.1 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (BOE Nº 281, de 23.11.2002).

Con respecto a estos organismos, el Banco de España, tras su verificación, hace públicos sus nombres, sus datos de contacto y, en el caso de las entidades de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pago, sus reglamentos. Se puede consultar la lista de las entidades de crédito y de sus servicios de atención y defensa de los clientes en: <http://app.bde.es/sac/app/search?CFG=atencionCli.xml&TipoFormato=XSL&Paginate=OPEN>, p. 17, consultada el día 22 de enero de 2013.

18 BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2007”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2007/, consultada el día 22 de enero de 2013.

19 BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2011”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2011/, consultada el día 23 de enero de 2013.

20 Véanse, a título de ejemplo, los Reglamentos del Defensor del Cliente del BBVA, encontrado en: http://www.bbva.es/TLBS/fsbin/mult/ReglamentoDefensadelcliente_DIC2011_tcm423-219670.pdf, consultado el día 5 de noviembre de 2012, y del Banco Santander, encontrado en: <https://www.bancosantander.es/cssa/StaticBS?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1320585612805&cachecontrol=immediate&sbinary=true&maxage=3600>, consultado el día 5 de enero de 2013.

vocado durante su tiempo de vida jurídica las reticencias de los clientes. Básicamente se cuestiona su independencia respecto de la entidad bancaria y especialmente y sobre todo su imparcialidad. Efectivamente, el Servicio de Atención al Cliente es un departamento que forma parte de la propia estructura organizativa de la entidad, si bien se prevé en la legislación que las entidades de crédito deben garantizar la autonomía de sus decisiones. Esta ha sido una de las razones por las que se discute acerca de la independencia de este organismo y lo que genera –insistimos– recelo respecto de su bondad como institución pacificadora de los conflictos bancarios.

Por el contrario, el Defensor del Cliente no ha resultado tan problemático, puesto que el tercero que resuelve la reclamación es un experto en la materia y con un reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero. Pero el aspecto relevante que hace que esta instancia esté “bien vista” por los consumidores es que se trata de una persona ajena a la organización o entidad de crédito, aunque creemos conveniente señalar que, al igual que las personas que pertenecen al Departamento de Atención al Cliente, su designación corresponde al Consejo de Administración de la entidad²¹, por lo que, en mayor o menor medida, ambas están vinculadas a la entidad.

3.2. *El Servicio de Reclamaciones del Banco de España*

El SRBE se configura como una institución independiente, adscrito a la Secretaría General del Banco de España, aunque en sus inicios se creó como “una unidad de trabajo asignada a los Servicios Jurídicos de esta institución”²² y “dependiente de la jefatura de éstos, que vela por el cumplimiento de la normativa bancaria de disciplina e intervención, a la vez que protege a la clientela, aunque de forma indirecta”.²³ Es un servicio independiente que ajusta su funcionamiento a los principios de “transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación”²⁴.

El SRBE cumple una doble función: la función resolutoria y la función informativa. La función resolutoria consiste básicamente en recibir, tramitar y solucionar todas las reclamaciones y quejas presentadas por los clientes de las entidades bancarias supervisadas relativas a la adecuación de las actuaciones a las buenas prácticas y usos bancarios²⁵.

Respecto a la función divulgativa o informativa, el SRBE elabora una variedad de documentos cuya finalidad es hacer que los consumidores y usuarios de servicios bancarios tengan conocimientos suficientes sobre los criterios, requisitos y normas

21 Así lo establece el art. 5.2 de la Orden ECO/734/2004.

22 BANCO DE ESPAÑA: “Memoria de Reclamaciones, 2007”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2007/, consultada el día 19 de enero de 2013.

23 Capítulo II de la Circular 8/1990.

24 http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Servicio_de_Recl/, consultada el día 5 de enero de 2013.

25 Sobre el concepto de buenas prácticas y usos bancarios, véanse, por ejemplo, RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, op. cit., pp. 573-578, GARCÍA TALLÓN, M. L.: “La protección de los consumidores de servicios financieros en el sistema español. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, encontrado en: https://www.asfi.gob.bo/Portals/0/Documentos/Presentaciones/La_proteccion_de_los_consumidores.pdf, consultada el día 19 de octubre de 2012, FARRANDO MIGUEL, I.: “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios de Consumo*, Nº 56, 2001, pp. 99-164.

relativas a la operatividad bancaria. Estas publicaciones no sólo difieren en su periodicidad, sino también en su contenido. Así, podemos encontrar, además de informes trimestrales, una memoria anual²⁶, publicada en su propia web, cuyo contenido está conformado por datos estadísticos, recopilación de los informes trimestrales y del Libro relativo a la normativa sobre transparencia y protección de la clientela, tanto a nivel nacional como comunitario. Todos estos documentos nos parecen de gran utilidad, dado que proporcionan una serie de datos e información desde una visión interna y práctica del funcionamiento de este medio extrajudicial de resolución de conflictos dentro del ámbito bancario.

4. Procedimiento de reclamación

Aun cuando en el ámbito de los conflictos bancarios se han establecido órganos diferentes de resolución de extrajudicial, que además mantienen una relación de *cuasi-jerarquía*, es, sin embargo, posible analizar en conjunto las líneas generales del procedimiento a seguir en este modelo de gestión de conflictos.

4.1. Líneas generales

El procedimiento que debe seguir el cliente bancario es relativamente sencillo y comprensible para un usuario medio. De no ser así, perdería su eficacia e interés por el

mismo. Ahora bien, antes de poder acudir al SRBE, el cliente bancario deberá cumplir con un trámite previo: presentar la reclamación o queja ante el Servicio de Atención al Cliente o, si está previsto, ante el Defensor del Cliente de la entidad.

4.1.1. Presentación de la reclamación ante el Defensor del Cliente

El Defensor del Cliente es competente para conocer de las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros acerca de la adecuación de las actuaciones de las entidades de crédito a las buenas prácticas y usos bancarios. Sin embargo, no tiene competencia para conocer de aquellas cuestiones sometidas o resueltas en vía judicial, arbitral o administrativa ni para aquellas que superen el límite cuantitativo fijado por la propia entidad (6.000€ aproximadamente).

Admitida a trámite la reclamación planteada, ésta es comunicada a la entidad de crédito, para que, conozca de la misma y obviamente, presente sus alegaciones. Toda la información recabada servirá al Defensor para emitir su decisión. Este trámite es imprescindible para cumplir con el principio de contradicción que favorece la defensa de cada una de las partes.

Este trámite previo no puede superar el plazo de dos meses, lo que conlleva la necesidad de respetar ese principio de coordinación y agilidad que apuntábamos anteriormente,

²⁶ La OM de 3 de marzo de 1987 dispuso que el SRBE debía elaborar y publicar anualmente una Memoria del Servicio prestado, que debía incluir “un resumen estadístico de los expedientes tramitados, así como una descripción de las reclamaciones cuyo expediente haya concluido con un informe favorable al reclamante, agrupadas en función del tipo de operaciones con las que guarden relación y con indicación de los criterios seguidos por el Servicio respecto de las cuestiones planteadas”.

en especial si el Defensor del Cliente actúa como segunda instancia. Finalizado este trámite previo, quedará abierta la vía para poder acudir al SRBE.

Cabe señalar que la vinculación de las decisiones de uno u otro órgano difieren entre sí. Así pues, las resoluciones del Servicio de Atención al Cliente serán vinculantes si así lo ha previsto la propia entidad de crédito – recordemos que disponían de plena libertad de regulación relativas a la configuración de su estructura y facultades–, mientras que las decisiones emitidas por el Defensor del Cliente no son vinculantes para el cliente –quienes, en caso de aceptarla, deberán comunicarlo por escrito, así como renunciar al uso de cualquier otra vía de reclamación– pero sí para el banco, esto es, la decisión del Defensor del Cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad²⁷. La razón de esta peculiaridad estriba en el hecho de que se trata de un órgano creado por la propia entidad, y por ende, vinculado a ella. Esta especial vinculación supone que no se trata de un mediador al uso, ni tampoco de un árbitro, sino de una figura intermedia²⁸.

Por tanto, es posible acudir a la instancia del SRBE cuando concurra la circunstancia de que se haya inadmitido la reclamación mediante escrito motivado, cuando la decisión adoptada no satisfaga las pretensiones del

cliente reclamante y cuando, planteada la reclamación, no se haya obtenido respuesta en el plazo máximo de dos meses.

4.1.2. Presentación de la reclamación ante el SRBE

Este *Ombudsman* bancario tiene competencia para conocer, al igual que el Defensor del Cliente, de todas las reclamaciones y quejas presentadas ante él por cualquiera de las vías previstas –personalmente en un registro del Banco de España, por correo postal o a través de la Oficina Virtual del Servicio de Reclamaciones²⁹– por los usuarios de sus entidades supervisadas. Así, una vez recibida la reclamación, y tras las comprobaciones pertinentes de que el reclamante se encuentra en alguna de las situaciones anteriores y de que no existe una causa de inadmisión³⁰ de la reclamación, el Servicio de Reclamaciones procede a la apertura del expediente. Es importante, por ello, concretar los lindes competenciales atribuidos a este tercero experto. Así pues:

1. Por un lado, el SRBE no puede entrar a conocer de las cuestiones que, en el momento de plantearse la reclamación, están siendo objeto de litigio ante los Tribunales de Justicia o ante cualquier otro órgano arbitral o administrativo, ni cuando exista una resolución previa

27 LAPUENTE SÁNCHEZ, R.: *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 350.

28 En el mismo sentido, MORENO LISO, L.: “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *op. cit.*, p. 82.

29 La reclamación puede ser presentada mediante la cumplimentación de un formulario que puede obtenerse en la web de la Oficina Virtual: https://sedeelectronica.bde.es/sede/es/menu/ciudadanos/Reclamaciones_y_2e85b7714582d21.html, consultada el día 3 de enero de 2013.

30 Sobre las causas de inadmisión, véanse, IGNACIO FARRANDO, M.: “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios sobre Consumo*, Nº 56, 2001, pp. 158-163, y BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2009”, pp. 205-207, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2009/, consultada el día 19 de enero de 2013.

- sobre la misma cuestión planteada emitida por algún otro órgano judicial, arbitral o administrativo.
2. Por otra parte, carece de competencia para conocer de reclamaciones en las que se han omitido o no se han concretado datos esenciales necesarios para su tramitación y no subsanables, o en los que se alude a hechos acaecidos más allá del plazo de cinco años.
 3. Igualmente, tampoco puede conocer de cuestiones de Derecho privado en sentido estricto como son las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales.
 4. Tampoco puede pronunciarse en caso de que se observen diferencias esenciales entre el contenido de la reclamación o queja remitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España y el contenido de la reclamación formulada ante el Servicio de Atención al Cliente o Defensor del Cliente, puesto que el objeto reclamado debe ser el mismo en ambas instancias.
 5. Por último, el SRBE carece de capacidad alguna para conocer de asuntos cuyo conocimiento y análisis corresponda juzgar a otros organismos de supervisión tales como la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros.

Con respecto a quiénes están legitimados para acceder a esta institución, cabe señalar que no existe restricción en cuanto a su naturaleza jurídica. Esto es, pueden presentarlas, por un lado, las personas físicas o jurídicas –españolas o extranjeras– con capacidad de obrar conforme a Derecho, en su condición de usuarios de servicios financieros y siempre que se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos

y, por otro lado, las asociaciones y organizaciones de consumidores, siempre y cuando estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos legalmente establecidos en materia de defensa de los consumidores.

El procedimiento llevado a cabo en esta instancia es bastante simple, puesto que, tras la apertura del expediente correspondiente, se comunicará dicha actuación al reclamante en el plazo máximo de 10 días hábiles, tras lo cual, se dará traslado del mismo a la entidad reclamada para que presente sus alegaciones y la documentación que estime oportuna.

Sin embargo, el SRBE dispone de la facultad de recabar información o documentación concreta en caso de que considere que la aportada es insuficiente para un correcto análisis de la reclamación planteada.

Cuando disponga de toda la información, lógicamente podrá formarse una opinión al respecto y, en el plazo de cuatro meses desde la fecha de presentación del escrito de reclamación o queja, emitir su informe que en todo caso estará motivado.

No obstante, ello no es óbice a que, bien porque el cliente ejercite su derecho de desistimiento o bien porque sea la entidad la que se allane a las pretensiones, se pueda finalizar el procedimiento antes de la emisión de este informe motivado.

4.2. Terminación del proceso: el informe del SRBE

El expediente de reclamación o queja se cierra mediante la emisión de un informe motivado relativo a si la actuación de la entidad de crédito ha supuesto un quebranto

de las normas de transparencia y protección de la clientela y sobre si ésta es ajustada a las buenas prácticas y usos bancarios. Así pues, el informe emitido por el SRBE constituye la vía normal de terminación de todo este proceso.

Si bien este organismo es de naturaleza administrativa, el informe no es un acto administrativo, lo que significa que no puede ser objeto de recurso alguno. Sin embargo, en aquellos casos en los que el informe fuera contrario a las pretensiones del cliente o, por el contrario, si siendo favorable el banco no ha cumplido las obligaciones en él contenidas, el cliente siempre podrá acudir a la vía judicial y aportarlo como prueba documental de gran fuerza³¹. Tampoco puede el informe entrar a valorar las indemnizaciones por daños y perjuicios, puesto que es competencia exclusiva de los jueces y tribunales.

Asimismo, este Ombudsman es un órgano que carece de *imperium*, de poder ejecutivo, por lo que los informes se configuran como instrumentos meramente informativos, esto es, carecen de carácter vinculante. Sin embargo, y a pesar de que las entidades no están obligadas a aceptar las conclusiones del informe, suelen acatarlas. Además, estos informes suelen tener otra finalidad, de gran relevancia por su utilidad, puesto

que sirven como impulso para las entidades supervisadas corrijan y rectifiquen las actuaciones que hayan sido declaradas como mala práctica bancaria.

No obstante, la obtención de estas resoluciones no será óbice a la búsqueda de la plena tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa. Es por ello que nos hallamos ante un medio de evitar la vía judicial pero a la vez de no imposibilitarla, de manera que en materia de conflictos producidos en el sector bancario debe siempre favorecerse la tutela del más débil, siendo que en este caso lo es el consumidor, y ofreciéndole, por tanto, la pluralidad de posibilidades a la hora de pretender solventar sus problemas, ya acudiendo a la misma institución, a través de los mecanismos que hemos ido exponiendo, o ya planteando a través de un mediador externo el conflicto y tratando de aportar una negociación al mismo, o bien acudir a un tercero que bien sea árbitro o bien sea juez, termine imponiendo la decisión por el mantenimiento de la contradicción hasta el final. En suma, la permeabilidad que se ofrece en los momentos en que vivimos a esa nueva idea de Justicia y de acceso a la Justicia en la que se implican los tribunales de justicia y las ADR³² de nuevo se pone de relieve en este ámbito conflictual bancario.

31 MARIMÓN DURÁ, R.: "La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España", *op. cit.*, p. 246.

32 Puede verse BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.