

## El Ombudsman Financiero Español

(Estado de la cuestión - Enero 2019)

La Ley 7/2017, de 2 de Noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, prevé en su Disposición Adicional Primera la creación de una entidad especializada en litigios financieros. Medio año después de incumplirse el plazo establecido para que el Gobierno remitiese el Proyecto de Ley a las Cortes Generales, quizás no sea del todo impertinente revisar las opciones que tiene a su disposición el Legislador.

Regulación o autorregulación; modelo unitario, binario o múltiple; financiación pública, privada o mixta; encaje institucional estándar o *sui generis*; modelo operativo artesanal o tecnológico; decisiones vinculantes o meras recomendaciones: todas estas cuestiones distan de ser meras bagatelas si consideramos que se pretende extirpar competencias al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGS); y, según sea el sentido de la norma, podría aliviar, incluso suprimir, la sobrecarga de trabajo que en la planta judicial ha ocasionado en los últimos años la ingente cifra de demandas deducidas por el prestatario hipotecario.

Añádase a ello la situación actual de la industria financiera española, comenzando por nuestra banca, que viene de afrontar una reestructuración pavorosa, sufre un considerable descrédito reputacional, se halla sumida en una transformación digital que a veces se antoja traumática, se ve zarandeada por tensiones regulatorias hasta ayer inconcebibles (jurisprudencia dubitativa, Brexit) y está descaradamente acechada por desinhibidos y desregulados nuevos operadores, como ciertas *fintech* o los colosos GAFa (Google, Amazon, Facebook, Apple), para comprender que no será sencillo, ciertamente no, legislar sobre esta materia.

### *Modelos europeos*

En nuestro entorno observamos una gran variedad tipológica en los ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Hallamos ordenamientos en que prima la negociación y la mediación, incluso dando ocasión al denominado *Derecho Colaborativo*, en tanto que en otros se tiende a subrayar en el *ombuds* la peculiaridad de resolver extrajudicialmente conflictos objetivamente judicializables, que es el ámbito propio del arbitraje.

En el esquema unitario británico, un organismo público, el *Financial Ombudsman Service*, sustancia disputas sobre asuntos bancarios, hipotecas, seguros, medios de pago, títulos societarios o casas de empeño. Gratuito para el consumidor, funciona proactivamente en la búsqueda de acuerdos; en su defecto, sus decisiones, basadas en criterios de justicia equitativa (*fair and reasonable*) que, además de leyes y reglamentos, pondera asimismo códigos de buenas prácticas y el acervo doctrinal que el propio organismo va acreciendo, son vinculantes para la entidad financiera. Se financia con una combinación de tasas legales y honorarios aplicados a cada expediente; y recibe en torno a 0,5 millones de nuevos casos cada año, que gestiona una plantilla de 4.600 profesionales.

En Holanda los costes del *Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid)* son sufragados por

varios miles de proveedores de servicios financieros, y sus decisiones vinculan a ambas partes, siempre que la entidad se haya sometido a su fuero y la reclamación no exceda de €1,0 millón. El Consejo está formado por tres personalidades nombradas con la anuencia del Gobierno; y actúa mediante dos secciones independientes —Comité de Arbitraje; Cámara de Apelaciones—, que son ocupadas, en régimen de cobro de honorarios por cada contribución, por profesionales provenientes de la Judicatura, la Abogacía, la Auditoría, la Banca o la Universidad. De creación legal y decisión vinculante para ambas partes son asimismo el checo *Finanční arbitráž České republiky*; el irlandés *Financial Services Ombudsman's Bureau*, cuyas resoluciones son recurribles ante la Irish High Court; la polaca *Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego*; la eslovaca *Slovenská banková asociácia (SBA)*, o la maltesa *Uffiċċju tal-Arbitru għas-Servizzi Finanzjarji*, limitada a €250.000.

Frente al modelo unitario, en el sistema alemán coexisten once ADR financieros, entre públicos y privados, que evacuan meras recomendaciones o zanján la controversia con decisiones vinculantes. Un modelo eficiente es el *Ombudsmann der privaten Banken*, gestionado en régimen de autorregulación, que engloba la mayoría de entidades con actividad hipotecaria. Su decisión es vinculante para el banco si la cantidad litigiosa no excede de €10.000. En caso de que el reclamante no acepte la decisión del *Ombudsman*, puede deducir demanda ante los tribunales de Justicia; y lo mismo puede hacer el banco, si la cuantía de la disputa es superior a esa cifra. El expediente se rechaza *ad limine* si la disputa está siendo sustanciada ante otro ADR, o aparece ya *sub iudice*, o así ha sido previsto en el catálogo de limitaciones (vgr. cuando la base factual de la reclamación sólo podría establecerse mediante la audiencia de testigos). Recibe alrededor de 100.000 reclamaciones anuales, está liderado por seis profesionales *senior* de acreditada valía (*die Ombudsleute*) y se rige por unas sencillas reglas procedimentales (*Ombudsmann-Verfahrensordnung*) trazadas por la *Bankenverband*, la patronal bancaria alemana.

En Portugal funciona la *Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários*, así como el *Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa*, limitada a conocer disputas inferiores a €5.000. Francia mantiene un esquema de tres entidades —*Médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)*; *Médiateur de l'Association française des Sociétés Financières (ASF)*; *La Médiation de l'Assurance*—; y, hayan sido creadas o no por ley, sus decisiones (*l'avis*) tienen carácter de sugerencia. Por su parte, cuatro entidades configuran el modelo italiano, con tres organismos públicos, creados por ley: el *Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS)*; el *Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)*; y el *Arbitro Bancario Finanziario (ABF)*, ligado a Banca d'Italia, que nombra a los presidentes de cada uno de los siete colegios territoriales, además de un *Collegio di Cordinamento*; está limitado a reclamaciones que no excedan de €100.000 y emite recomendaciones; si bien, en el supuesto de que no sean atendidas (*inadempienza*), el incumplimiento es susceptible de ser difundido públicamente, además de comunicarlo al regulador bancario, a efectos de supervisión.

### *El Caso Español*

A día de hoy la defensa del consumidor y usuario en los mercados financieros españoles se rige básicamente por la citada Ley 7/2017, que incorpora la Directiva 2013/11/UE —cuyo primer informe valorativo de aplicación se espera para Julio 2019— y, subsidiariamente, la Orden

ECC/2502/2012, que regula el procedimiento ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la DGS.

Además, directamente aplicable en el ámbito ODR (*online dispute resolution*) es el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo; y, con carácter consultivo, ciertos documentos de la Comisión Europea, como las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, y los *Informes de Actividad* de FIN-NET, la red para la resolución extrajudicial de conflictos transfronterizos entre consumidores europeos y proveedores en el ámbito de los servicios financieros.

Según la *Memoria de Reclamaciones 2017* del Banco de España, se gestionaron durante ese ejercicio 81.426 nuevas reclamaciones y consultas presentadas por usuarios de servicios financieros, de los que 40.176 fueron escritos de reclamación, constando que un 81,4 % de ellos se referían a préstamos hipotecarios. A ello habría que añadir el millar de reclamaciones que constan en la *Memoria 2017* de la CNMV y otras diez mil más que habría que atribuir a las disputas sobre seguros si extrapolamos los datos de la *Memoria 2016* de la DGS, última publicada.

Hay una corriente de opinión que considera que este esquema sectorial tripartito no ha funcionado bien. Lamento disentir: el sistema ha funcionado tal como había sido concebido. El óbice que le ha impedido desarrollarse radica en la crucial limitación que supone que *el informe final del servicio de reclamaciones no tiene carácter vinculante y no tendrá la consideración de acto administrativo recurrible* (art.12.6 Orden ECC/2502/2012).

Ese carácter de mera recomendación, que podría valer para cualquier otro ADR financiero —pues el sistema alternativo de resolución de conflictos puede resultar altamente eficaz con dictámenes inejecutables si la conciencia autorreguladora de los operadores intervinientes es alta—, resulta catastrófico cuando aloja la contradicción de sustraerle poder coercitivo en el caso concreto a organismos que disponen de máximas competencias supervisoras, con su consecuente potestad sancionadora, sobre la conducta general de la industria.

Esa concepción partía del temor a instaurar, aunque fuera de modo tentativo, una pujante jurisdicción especializada, referida a un sector estratégico de la Economía, fuera del Poder Judicial. La consecuencia práctica es que se ha debilitado seriamente la autoridad de los supervisores financieros y, a cambio, no se ha logrado crear un espacio mínimamente confortable para la mediación y la conciliación, ni alzar un muro de contención que amortigüe las oleadas de litigios que actualmente están desestabilizando el normal funcionamiento, ya de por sí sobrecargado, de nuestros Juzgados de Primera Instancia.

Dicho eso, si el gran problema del sistema sectorial tripartito era precisamente ese y sólo ese, entonces habría que considerar como una opción todavía recuperable adjudicar poder vinculante a las decisiones de los departamentos de quejas y reclamaciones segregados de los tres supervisores, dotándolos de autonomía suficiente para cumplir con los requisitos de independencia, imparcialidad y especialización exigidos por la Directiva 2013/11/UE, implantando un sistema hexagonal, con tres supervisores y tres oficinas de reclamaciones, que no tendría por qué no ser eficaz y resultaría relativamente barato mantener.

### *Una Autoridad Independiente*

La Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2017 parece optar por un modelo mixto,

previando un organismo aglutinante y centralizador, de origen legal y sumisión obligatoria para las entidades financieras, coexistente con otros ADR acreditados administrativamente, de carácter privado y activables mediante expresa sumisión voluntaria por ambas partes.

Como sucede en las legislaciones de nuestro entorno, su rango legislativo no predetermina esquema alguno para esa Autoridad, ni excluye modelos que parecen haber sido descartados antes de que los pondere el Legislador; así la creación de un gabinete en sede ministerial servido por altos funcionarios de acreditada valía, como sucede en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral con indiscutida calidad e independencia.

Así también la vía de la autorregulación, pura y simple, de la industria financiera, a través de patronales solventes como la Asociación Española de la Banca (AEB) o la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), a semejanza de la exitosa autorregulación de la industria publicitaria, ámbito donde el consumidor se halla mucho más intensamente expuesto a la manipulación que en la industria financiera. Porque, en materia de ADR, internacionalmente, la independencia se calibra con el rigor profesional de los árbitros o mediadores llamados a estudiar las disputas, no por su adscripción a una determinada clase de entidad u organismo.

Lo que no parece conforme con una legislación responsable es constituir *una nueva autoridad independiente* para que finalmente la innovación se reduzca a efectuar un mero traslado de sede de tres burocracias ya existentes. Tampoco resultan apropiadas ciertas fórmulas que nada tienen que ver con el espíritu cooperativo que debe vigorizar la actividad de los ADR financieros, como la idea de que la industria financiera sea excluida de cualquier participación efectiva en el gobierno del organismo, a pesar de que la Ley 7/2017 establezca su intervención obligatoria en los litigios y haya un consenso generalizado entre las fuerzas políticas en el sentido de que tendrá que costear enteramente la actividad de la Autoridad.

Ese esquema no funcionaría. El efecto autorregulador que la regulación colaborativa de los ADR provoca en los operadores financieros desaparecería ante una regulación impositiva, predeterminada hacia la sanción, institucionalizando un régimen general de sospecha contra una industria clave para el desarrollo económico. Por otro lado, sin participación efectiva (no meramente consultiva), la citada financiación resultaría una coerción que no podría ser impuesta sino mediante legislación tributaria y pondría a la Autoridad en la picota desde el instante mismo de su fundación, cuando no en el limbo judicial de las medidas cautelares.

Tampoco parece constar un consenso claro sobre el carácter vinculante de las decisiones de la Autoridad. Como hemos visto, hay países en que las decisiones obligan a ambas partes, o sólo a la banca, como algunos alemanes, o el privado italiano *Conciliatore Bancario Finanziario*, limitado a €100.000; o el austriaco *Gemeinsame Schlichtungsstelle der Österreichischen Kreditwirtschaft*; o el belga *Ombudfin*, aunque este último constreñido a disputas sobre cuentas bancarias. Ello no obstante, hay países en que no vinculan en absoluto, y el sistema de ADR financieros funciona eficazmente.

En Dinamarca, tanto en el *Realkreditankenævnet* como en el *Pengeinstitutankenævnet* la particularidad radica en que, a pesar de dicha vinculación, dentro de los 30 días al momento en que la decisión sea comunicada al banco, este puede notificar que no la acepta; misma solución que recoge, con plazo de cuatro semanas, la islandesa *Úrskurðarnefnd um viðskipti við fjármálafyrirtæki*, lo que entronca con el modelo escandinavo de meras recomendaciones que siguen Noruega y Suecia, y se extiende a las soluciones bálticas del lituano *Lietuvos bankas* y la estonia *Tarbijavaidluste Komisjon*.

La ley 7/2017 deja abierta la cuestión, en el sentido de que el Parlamento es libre de legislar que las decisiones sean vinculantes o no vinculantes, aunque tampoco es descartable que sólo algunas lo sean, en función de la materia controvertida, la cuantía litigiosa u otro criterio emergente. En todo caso, de optarse por el carácter vinculante, habría que determinar con precisión la índole jurídica de las decisiones, porque no es lo mismo asimilarla a un convenio intrajudicial que a un laudo arbitral o a un acto administrativo, ni resulta baladí determinar las condiciones de su recurribilidad, o el plazo de prescripción de la reclamación, o su caducidad. En este punto cualquier error de cálculo podría provocar lagunas, desequilibrios o incongruencias en el entramado estructural de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, mayoritaria es la opinión sobre la gratuidad del procedimiento para el consumidor. Ello no es algo inherente, que suceda en todos los ADR financieros; así, el *Bankowy Arbitraz Konsumentki*, que concierne a la patronal bancaria polaca, impone una tasa 50 zloty; y el ABF italiano otra tasa de €20, y €25 el mediador maltés, en ambos casos reembolsables si finalmente se estima, siquiera parcialmente, la reclamación. Más caro sale litigar ante el liechtensteiniano *Schlichtungsstelle zur Beilegung von Streitigkeiten bei der Ausführung von Überweisungen*, que impone una tasa de entre CHF200 y CHF1.500.

Cuestión diferente es valorar si la reclamación puede efectuarse sin intervención letrada. Aquí el Legislador deberá apelar al principio de oportunidad, y cualquier decisión que adopte será discutible, aunque parece razonable que, a partir de cierta cifra en la cuantía de la controversia, convenga al interés público que el consumidor esté asistido por juristas expertos. Ello no obsta para que la Autoridad disponga de una potente y transparente plataforma *hazlo-tú-mismo* (DIY) que guíe al consumidor detalladamente, paso a paso, en la confección de su reclamación, le oriente cómo obtener y adjuntar los documentos relevantes, mantenga un repertorio manejable de resoluciones aplicables a cada tipo de casos y vaya actualizando el calendario previsto de hitos procedimentales en la instrucción y resolución de su disputa.

### *La Oficina*

Aunque se antoje un asunto de menor calado, sería importante que el Legislador prestara atención también al diseño operativo de la Autoridad, que se ceñirá a la resolución de disputas, quedando las consultas a cargo de los supervisores.

Al menos, así se deduce tanto de la citada Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2017, que habla de *litigios de consumo en el sector financiero*, cuanto del Proyecto de Ley reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario —actualmente en el Senado— que, al mencionar una *Autoridad independiente para velar por la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria*, encuadrable en la Autoridad prevista por la Ley 7/2017, se refiere exclusivamente a *quejas y reclamaciones*, no a consultas.

Tampoco debería tener esta Autoridad rol alguno en otros aspectos en materia de conducta de mercados, o en iniciativas de la relevancia del *Plan de Educación Financiera*, impulsado conjuntamente por el Banco de España y la CNMV, que es un esfuerzo digno de cobrar máxima prioridad en los programas de actuación de todas las Administraciones Públicas.

Por motivos prácticos, es de suponer que la oficina esté dividida, en primera instancia, en secciones especializadas que reflejen la distribución sectorial tripartita tradicional; aunque tal vez debiera consagrarse una sección aparte a las Hipotecas, ámbito que aporta la mayor carga

de trabajo, y otra más a Medios, que conozca disputas sobre publicidad, comunicaciones electrónicas y otros aspectos relacionales con incidencia en la posición del consumidor.

Mayor audacia innovadora, a mi modo de ver, debería intentarse a la hora de trazar el Reglamento de Procedimiento. El *iter* tradicional del tratamiento de reclamaciones, que en gran medida recoge la Ley 7/2017, parece arrastrar consigo todavía inercias de los tiempos del papel-carbón y los manguitos. A este respecto el Legislador tiene el deber de profundizar en la normativa de acceso del ciudadano a la Administración Electrónica.

Es una magnífica oportunidad para regular ciertos aspectos avanzados de la Identidad Digital. Asimismo debería implantarse la obligatoriedad de suministrar al consumidor copia digital genuina de cada documento contractual: una copia portando código, traza o señal que la haga única y singular, y sea inmediatamente gestionable en vía electrónica por el consumidor ante los poderes públicos, los operadores financieros, los supervisores y la Autoridad.

Un ejemplo: del mismo modo que el prestamista tiene derecho a solicitar una copia autorizada electrónica de la escritura del préstamo hipotecario, con efectos ejecutivos, el consumidor debe tener derecho a recibir su copia autorizada electrónica, de tal modo que en caso de disputa los aplicativos de la Autoridad la reconozcan y validen automáticamente sin más trámites.

La Tecnología aporta soluciones novedosas en cada fase del procedimiento tradicional pero también, en su propia potencialidad, nos sugiere alternativas al modo en que puede materializarse el enjuiciamiento de una disputa conforme a Derecho. Hablamos de los *bot* que automatizan numerosas tareas; y de la utilización del *cloud computing* para agilizar flujos típicos de mediación y conciliación; hablamos del tratamiento documental con técnicas OCR (*optical character recognition*), y del Big Data, del que puede obtenerse numerosos usos legítimos, incluida la llevanza de un laboratorio de analítica legal.

Hablamos de Inteligencia Artificial, que permite ya que la máquina aprenda la utilización de un algoritmo predictivo sin estar previamente programada para ello, lo que resulta relevante para confeccionar taxonomías, o en tecnologías como *e-Discovery*, que facilita la búsqueda y registro de pruebas digitales entre el patrimonio electrónico de las partes litigantes.

La Tecnología no puede, ni podrá jamás, entregar hermosas piezas de orfebrería jurídica, pero puede mostrar, de manera rápida y fiable, la palabra de la Ley, enriquecida por la interpretación jurisprudencial y adecuadamente calibrada en el acervo doctrinal acopiado por los servicios de reclamaciones en una casuística cuya sustancia y alcance todos conocemos bien, que es lo que se supone que desea y espera el consumidor español de productos y servicios financieros.

Por tanto, en cumplimiento de ese designio, con entero respeto a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la mayoría de reclamaciones podría ser sometida a un tratamiento industrial, como empieza a suceder en algunos ADR foráneos, trayendo beneficios inmediatos para el interés público en términos de celeridad, seguridad e imparcialidad.

El fenómeno podrá parecer fascinante o aberrante, pero nadie puede negar que ya está aquí, entre nosotros: frente a una Justicia judicial de índole artesanal y profundamente humanista, que trae su autoridad precisamente en la inalterable tradición de unos ritos que las comunidades de vida consideran singularmente valiosos, está surgiendo una Justicia extrajudicial tecnificada y eficiente, que en un Futuro no muy lejano tenderá a la instantaneidad en la resolución de litigios y disputas.

Julio Marcos García Maceiras es Secretario General de AEPROSER, patronal del BPO bancario.  
Miembro de la Junta Directiva de CEOE.