

| ARTÍCULO

Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subdiscriminación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea¹

Financial Exclusion, Vulnerability and Subdiscrimination. Critical analysis on the right to access to basic banking services in the European Union

Cristina de la Cruz Ayuso
Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe
Universidad de Deusto (Bilbao)

Fecha de recepción 30/06/2016 | De aceptación: 25/11/2016 | De publicación: 19/12/2016

RESUMEN.

Este artículo analiza el fenómeno de la exclusión financiera desde las coordenadas del concepto de subdiscriminación. De manera específica, analiza si el marco normativo europeo encaminado a garantizar el derecho al acceso de los servicios bancarios básicos contiene elementos que pueden conducir a la subdiscriminación, derivados de su ambigüedad y de los límites que impone. En primer lugar, ofrece una revisión de la literatura que aporta datos sobre la exclusión y la discriminación en este ámbito. En segundo lugar, analiza la Directiva Europea de Cuentas de Pago 2014/92/UE. Finalmente, se detiene en el examen de la Comunicación N° 10/1997, Ziad Ben Ahmed Habassi c. Dinamarca (CERD/C/54/D/10/1997) relativa a la denegación de préstamos bancarios a no ciudadanos.

PALABRAS CLAVE.

Exclusión financiera, vulnerabilidad, subdiscriminación, servicios bancarios básicos, cuenta de pago, protección al consumidor, Unión Europea.

ABSTRACT.

This article analyses the phenomenon of financial exclusion from the perspective of the concept of subdiscrimination. More specifically, it analyses whether the European regulatory framework aimed at ensuring this right contains elements that can lead to the discrimination, arising from its ambiguity and the limits it imposes. First, it presents a review of the literature that provides data on exclusion and discrimination. Second, it analyses the European Directive on Payment Accounts 2014/92/UE. Finally, it focuses on the examination of the Communication N° 10/1997, Ziad Ben Ahmed Habassi c. Denmark (CERD/C/54/D/10/1997) concerning the refusal of bank loans to non-citizens.

KEY WORDS.

Financial exclusion, vulnerability, subdiscrimination, basic banking services, basic payment account, consumer protection, European Union

¹ La investigación sobre la que se basa este trabajo ha recibido financiación del 7º Programa Marco de la Comisión Europea (FP7/2007-2013) a través del proyecto FRAME (acuerdo nº 320000). Este trabajo se ha beneficiado asimismo de los comentarios del equipo de investigación Retos socioculturales y derechos humanos en un mundo en transformación del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, financiado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco-Eusko Jaurlaritza [Ref. IT713-13]. Agradezco especialmente a Dolores Morondo y Joana Abrisketa sus comentarios y sugerencias previas.

Sumario: 1. La exclusión financiera desde la perspectiva de la subdiscriminación. 2. Ejes de análisis sobre exclusión financiera y discriminación. 3. Directiva Europea sobre acceso a cuentas de pago básicas, ¿un marco adecuado para la inclusión financiera? 3.1. Análisis crítico. 4. Sobre el funcionamiento de los sistemas de opresión en el acceso de servicios financieros básicos. 4.1. Resumen del caso. 4.2. Examen de fondo. 5. A modo de conclusión. 6. Referencias bibliográficas.

1. La exclusión financiera desde la perspectiva de la subdiscriminación

La crisis financiera y económica ha permitido identificar y visibilizar “nuevas” formas de pobreza y vulnerabilidad, desventajas específicas y “nuevos” factores de exclusión social. Todos ellos han pasado a ocupar un lugar esencial en la agenda de las políticas internacionales. También en Europa. Este artículo propone analizar una de las más extremas: la exclusión financiera². Existe un reconocimiento generalizado de que el acceso y utilización de los servicios bancarios básicos supone una condición necesaria para participar en la vida económica y social³. Por ello, su falta

constituye un obstáculo importante que limita la autonomía económica de las personas y que no solo les impide llevar una vida normal en la sociedad en la que viven, sino que también determina y condiciona su bienestar material.

Las personas con bajos ingresos, las personas que no pueden trabajar por motivos de enfermedad o discapacidad, las personas mayores o los migrantes, se ven particularmente afectados y tienen más probabilidades de sufrir exclusión financiera.⁴ La residencia en zonas económicamente desfavorecidas o en zonas rurales, unido al desequilibrio tecnológico o la falta de cultura financiera, son algunos de los motivos que pueden aumentar la exclusión financiera. Lo cierto es que existen cada vez más amplios sectores de población con obstáculos importantes (y en muchos casos insalvables) para el acceso a los instrumentos habituales de pago y otros servicios bancarios básicos. La exclusión financiera se ha sumado, de esta manera, a los ejes de la vulnerabilidad a la que se enfrentan aquellos que no tienen servicios esenciales de calidad, tales como el empleo, la vivienda, la educación o la asistencia sanitaria.

² En este trabajo se tiene en cuenta la definición de “exclusión financiera” de la Comisión Europea: “proceso por el cual la gente encuentra dificultades en el acceso y/o uso de servicios y productos financieros en el mercado general, que sean apropiados a sus necesidades y les permitan llevar una vida social normal en la sociedad a la que pertenecen” (Anderloni et al, 2008).

³ En Europa es muy difícil e inusual, y en algunos casos imposible, por ejemplo, cobrar en efectivo una nómina o pensión, o pagar

algunos recibos que corresponden a gastos domésticos como la luz o el gas.

⁴ Para un análisis más detallado sobre la situación de vulnerabilidad y exclusión de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica, véase en este mismo número la contribución de Encarnación La Spina (pp. 182-204).

Son muchas y muy diversas las causas que provocan la exclusión financiera. Los criterios que toma en cuenta una institución financiera para aceptar un cliente se cuentan de manera destacada entre ellas. Pero ¿y si además de ser causa de exclusión, esos criterios son también causa de discriminación? Este artículo analiza la exclusión financiera cuando ésta es consecuencia de la negativa de los bancos a abrir cuentas bancarias con servicios transaccionales completos a ciertos grupos de personas. A partir de la propuesta de autoras como Barreré y Morondo, que reivindican la necesidad de “ensanchar el concepto de discriminación hasta la “subdiscriminación” (Barreré, 2001 y 2008 ; Barreré y Morondo, 2005 y 2011; Morondo, 2004 y 2011)⁵, propone mostrar cómo los obstáculos para el acceso y utilización de los servicios financieros básicos son, en muchos casos, producto de una desventaja que, además de producir vulnerabilidad, constituyen una particular modalidad de discriminación: son consecuencia de un sistema de opresión que impide superar esa desventaja y que convierte en injusta la desigualdad en el acceso a servicios bancarios.

⁵ Véase además en este mismo número la contribución de Dolores Morondo, “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión” (pp. 205-221), y Maggy Barreré, “¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica” (pp. 17-34). Asimismo, el análisis sobre la determinación de la desventaja de M^o José Añón (2013).

Nuestro interés no se centra tanto en identificar los grupos con mayor vulnerabilidad a la exclusión financiera, sobre la que existe una amplia literatura, cuanto en analizar si el marco normativo europeo encaminado a garantizar el derecho a una cuenta bancaria para todos los ciudadanos contiene elementos que pueden conducir a la discriminación, derivados de su ambigüedad y de los límites que impone.

Este trabajo se aborda desde las coordenadas de la Filosofía Política. En primer lugar, ofrece una rápida revisión de la literatura con la intención de aportar datos sobre la exclusión y la discriminación (principalmente racial) en el ámbito financiero que permitan constatar tanto el fenómeno de la exclusión financiera como sus consecuencias e impacto en términos de subdiscriminación. En segundo lugar, se analiza la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo con la que, entre otros objetivos, la Unión Europea ha comenzado el proceso de reconocer y garantizar el acceso a los servicios bancarios básicos como un derecho ciudadano y no como una mera actividad comercial de las entidades financieras. Esta directiva establece los principios necesarios que permiten la apertura de cuentas de pago básicas en el territorio de la Unión Europea. Trata de dar respuesta, de esta manera, a más de 25 millones de ciudadanos europeos que quieren y necesitan tener una cuenta bancaria pero que, por

distintos motivos, que serán objeto de análisis en este trabajo, afrontan distintos obstáculos que no les permiten tener acceso a ella.

En este artículo tendremos en cuenta tres aspectos de dichos principios para mostrar el alcance y las consecuencias que tienen las limitaciones y restricciones de la Directiva: i) por un lado, se analizará el concepto de vulnerabilidad que aparece en la norma y la manera en la que quedan caracterizados los consumidores más vulnerables a los que hace referencia en repetidas ocasiones a lo largo del texto; ii) por otro lado, cómo esta directiva considera el concepto de “personas residentes” y qué interpretación hace del término; y iii) finalmente, qué servicios financieros considera básicos y cuáles son los que excluye. La aplicación de las normas recogidas en esta Directiva, cuyo objetivo consiste precisamente en la protección del derecho al acceso a los servicios bancarios básicos y en evitar la discriminación por razón de nacionalidad o lugar de residencia, tiene, de facto, efectos negativos desproporcionadamente mayores sobre colectivos socialmente subordinados.

Finalmente, en orden a contrastar el análisis propuesto, nos detendremos, en tercer lugar, en el examen de un caso recogido en la Comunicación N° 10/1997, Ziad Ben Ahmed Habassi c. Dinamarca (CERD/C/54/D/10/1997) relativo a la

denegación de préstamos bancarios a no ciudadanos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial opinó que se había denegado un recurso financiero eficaz en el sentido del artículo 6 de la Convención en relación con el apartado d) del artículo 2. La reconstrucción de los hechos permitirá mostrar el alcance que tiene la interrelación de las tres variables anteriormente citadas.

El recorrido analítico propuesto constituye una primera y sencilla aproximación al debate sobre la exclusión y la discriminación en el ámbito financiero. Las estructuras económicas del ámbito financiero se articulan en torno a unas relaciones de poder cuyo resultado es la dominación (Young, 2011 y 2000)⁶. Esa forma de entender la economía en nuestras sociedades deja en una situación de desventaja social y exclusión a un porcentaje cada vez más importante de la población que aparece como parte desechable del propio sistema. De hecho, el modelo económico hegemónico afecta de manera significativa, creciente y alarmante a la autonomía financiera de cada vez mayor número de personas y al desarrollo de sus derechos económicos. El ámbito financiero se constituye, por tanto, como un espacio que genera no solo un tipo de exclusión concreta sino también un tipo de opresión y

⁶ La dominación, de acuerdo con Young, consiste en “la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones” (Young, 2000: 68).

control completamente naturalizado e integrado en y por la lógica del capital. Las dinámicas de dominación que generan las normas en el sistema financiero convencional incluyen criterios distributivos de bienes materiales pero implican, al mismo tiempo, relaciones de poder, procesos de toma de decisiones, una concreta normatividad, etc. que desbordan esa lógica distributiva.

2. Ejes de análisis sobre exclusión financiera y discriminación

La literatura sobre las causas de la exclusión financiera es muy amplia. Los estudios iniciales que comenzaron a hacerse eco del fenómeno advertían que un acceso físico limitado a los servicios financieros puede contribuir a la exclusión financiera (Leyshon y Thrift, 1993). A lo largo de la década de los 90', la investigación sobre la exclusión financiera aumentó considerablemente y fueron muchos los trabajos que insistieron y constataron las dificultades específicas de algunos grupos en el acceso y utilización de los servicios financieros básicos. Muchos de ellos llamaban la atención sobre el amplio número de personas en el mundo que carecen de ahorros de cualquier tipo (Kempson y Whyley, 1999). Las personas migrantes fueron las primeras en ser consideradas en los estudios sobre exclusión financiera como un grupo

especialmente desfavorecido en el acceso a los servicios financieros.

El “género” también paso a ser una cuestión recurrente en el análisis sobre este tipo de exclusión. La falta de acceso de las mujeres a los servicios financieros ha sido ampliamente discutida en la literatura sobre el desarrollo (Berger, 1989; Lycette y White, 1989; Morris y Meyer, 1993). Estudios recientes siguen insistiendo en que existen brechas de género significativas en la propiedad de cuentas bancarias y en la utilización de productos financieros de ahorro y crédito en distintos países del mundo. (Demigurç-Kunt, Klapper y Singer, 2013).

De acuerdo a los datos de la encuesta realizada por La Global Financial Inclusion [Global Findex] del Banco Mundial en 2014⁷, el 50% de los adultos declaraba tener una cuenta en una institución financiera formal. La razón para no tener una cuenta formal que se menciona con más frecuencia es la falta de dinero suficiente para usarla. Esta es la respuesta dada por el 65% de adultos sin una descripción formal. Entre las mujeres, sin embargo, la segunda razón para justificar por qué no tienen una cuenta formal es porque otro miembro de la familia ya tiene una.

⁷ Esta es la base de datos más completa en términos de cobertura y estandarización de indicadores de inclusión financiera. Proporciona indicadores que cuantifican el modo en que las personas ahorran, se endeudan, efectúan pagos y gestionan los riesgos en 148 economías del mundo. www.worldbank.org/globalfindex.

Incluso después de controlar una serie de características individuales tales como los ingresos, la educación, la situación laboral, la residencia y la edad, el género sigue siendo un factor definitivo en relación con el acceso y uso de servicios financieros⁸, lo cual pone de manifiesto la desventaja en el acceso a los servicios financieros directamente relacionados con la participación de las mujeres en la economía de mercado.

De acuerdo con una evaluación de impacto de la Comisión Europea (2011), alrededor de 30 millones de personas mayores de 18 años de edad que viven en la Unión Europea no tienen acceso a una cuenta de pago base. Otras estadísticas del Eurobarómetro (2010) muestran que alrededor de una cuarta parte de los europeos

tienen dificultades para conseguir una tarjeta de crédito y alrededor de un tercio para obtener un préstamo personal, con grandes disparidades entre ciudades y regiones, especialmente entre los grupos socio-demográficos más vulnerables. La encuesta LitS II, llevada a cabo en toda Europa durante 2008-2010, muestra que la exclusión financiera está asociada a características sociales, económicas y demográficas muy concretas, tales como ingresos, tipo de empleo, el estado civil, la educación, la edad, así como la religión y el origen étnico, y está muy condicionada también por el lugar donde se vive: hogares en los países del este de Europa fuera de la zona del euro y ubicados en zonas socialmente desfavorecidas que se caracterizan por una alta desigualdad son especialmente vulnerables a la exclusión financiera.

Otro eje de estudio de la literatura sobre exclusión financiera se ha centrado en aquellos factores que dependen de la oferta y la demanda de los bancos⁹. Estos indicadores ofrecen también un nivel de razonabilidad suficiente a la hora de identificar y analizar algunas de las causas que contribuyen a la exclusión financiera. Por lo que respecta a la demanda, el miedo a perder el control financiero, la oposición al uso de servicios

⁸ Las mujeres, en general, parecen estar dispuestas a correr menos riesgos: solicitan menos préstamos y por cantidades menores; acuden con mayor frecuencia que los hombres a circuitos informales de financiación; poseen menos títulos de propiedad y, por tanto, cuentan con menos activos para ofrecer en garantía; en muchos procedimientos se exige aún la firma del esposo, siendo menos probable que esa exigencia sea igual para los hombres; las normas culturales en algunos contextos restringen significativamente la movilidad y relaciones sociales de las mujeres, etc. (Global Findex, 2011 y 2014). El grado de discriminación jurídica también permite relacionar las diferencias de género en el uso de los servicios financieros. En general, las limitaciones en la capacidad jurídica y en los derechos de propiedad sobre los activos tienen una relación directa con los obstáculos de acceso a productos y servicios financieros. Después de controlar otras características individuales y de país, la encuesta revela que las mujeres son significativamente menos propensas a tener una cuenta, ahorrar o pedir un crédito en aquellos países donde existen niveles de discriminación legal mayores o están muy institucionalizadas normas culturales contra la mujer. Otros trabajos, como el de Aterido, Beck y Iacovone en nueve países del África Subsahariana (2011), concluyen que el menor acceso y uso de los servicios financieros se explican por las diferencias de género en la educación y el nivel de ingresos, el empleo formal y el acceso y uso de la propiedad.

⁹ Es común clasificar las causas de la exclusión financiera en tres categorías, diferenciando entre i) factores sociales; ii) factores de demanda y iii) factores de oferta. No obstante, las causas por factores sociales tienen un carácter estructural que las define de manera más adecuada.

financieros por motivos culturales o religiosos, el miedo a embargos, el modo de relación de una persona con el dinero, etc. son algunos indicadores de “auto-exclusión financiera”. La falta de accesibilidad, el diseño adecuado de productos, el mal suministro de los servicios y los elevados precios asociados a las cuentas bancarias para transacciones son otros factores estructurales, relacionados con la oferta, que también pueden contribuir a la exclusión financiera.

La literatura sobre discriminación en el ámbito financiero es igualmente ingente. Los análisis empíricos constatan la existencia de discriminación en los mercados de crédito y distinguen entre dos modalidades: por un lado, la discriminación individual, que consiste en la negativa a conceder préstamos a personas debido a criterios no económicos. Y por otro lado, la discriminación conocida como “redlining”, que se refiere a la práctica de negar el acceso a determinados servicios a los residentes de determinadas áreas con una mayoritaria composición racial o étnica, ya sea directamente o a través de estrategias como el aumento de precios de manera selectiva. La denegación de servicios financieros es uno de los ejemplos más paradigmáticos de este tipo de discriminación, especialmente significativa en Estados Unidos antes de la década de los 90’ (Dymski, 2010).

Estudios realizados en Estados Unidos concluyen que los afroamericanos y las personas de origen hispano acceden a préstamos con tipos de interés más alto. También se constatan mayores tasas de rechazo así como diferencias en las características de los préstamos a los que acceden, mucho menos atractivas y más exigentes que las de préstamos similares concedidos a blancos (Munnell et al 1996; Ross y Yinger 1999, 2002). Los barrios “pobres” tienen menos acceso a la financiación de hipotecas (Phillips-Patrick y Rossi, 1996; Siskin y Cupingood, 1996; Ross y Yinger, 1999) y su población es más vulnerable a ser víctima de prácticas de préstamos abusivos (Calem et al 2004; Williams et al 2005; Dymski, 2006). Kempson y Whyley (1999) utilizan datos de la Encuesta de Recursos Familiares para mostrar que la exclusión financiera es mayor en los hogares negros, paquistaníes y de Bangladesh en el Reino Unido. En general, la investigación confirma el alto y desproporcionado porcentaje de exclusión financiera correspondiente a hogares de minorías étnicas (Pollin y Riva, 2001 y Kahn, 2008). El sistema financiero es menos inclusivo con las minorías étnicas y los inmigrantes, y sus sistemas de regularización e integración pueden ser un obstáculo importante para garantizar el acceso a servicios bancarios básicos en los países de acogida (Barr, 2004).

Durante más de dos décadas, la investigación ha permitido identificar quiénes

tienen más probabilidades de sufrir exclusión financiera y por qué. De esta manera, se ha relacionado la exclusión financiera con las limitaciones que sufren algunos grupos en el acceso a los servicios financieros, aunque conviene recordar que existen condicionantes estructurales que aumentan la vulnerabilidad y conforman, probablemente, la causa más importante de exclusión financiera: la liberalización de los mercados de servicios financieros, la desigualdad de ingresos, cambios estructurales en el mercado laboral, la evolución demográfica o el contexto normativo en cada país son algunos de ellos.

Precisamente para dar respuesta al alcance tan notable de este fenómeno sistémico, se han llevado a cabo diferentes iniciativas que tratan de regular y proteger el acceso a los servicios financieros en cuanto servicios esenciales de interés general. En este trabajo analizaremos concretamente la regulación europea relativa a este derecho.

3. Directiva Europea sobre acceso a cuentas de pago básicas, ¿un marco adecuado para la inclusión financiera?

El 23 de julio de 2014 se publicó la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas¹⁰. La Directiva se inscribe dentro de la estrategia económica de la Unión Europea¹¹ y establece normas sobre i) la transparencia y comparabilidad de las comisiones aplicadas a los consumidores que tengan abiertas cuentas de pago¹² en la Unión Europea; ii) los traslados de cuentas de pago dentro de un Estado Miembro, y iii) la apertura de cuentas transfronterizas. También regula un marco de normas y condiciones con arreglo a las cuales los Estados Miembro garantizarán el derecho de los consumidores a abrir y utilizar cuentas de pago

¹⁰ Los antecedentes de esta son, por un lado, la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. Posteriormente, el Reglamento (CE) N° 924/2009, de 16 de septiembre de 2009, relacionado con los pagos transfronterizos en la Comunidad. Este Reglamento fue modificado en 2012 por otro conocido como SEPA (Single Euro Payments Area) cuyo objetivo era establecer un marco para regular las transacciones de pago seguras y rápidas. Respecto al acceso a una cuenta de pago básica, otro antecedente es la Recomendación de la Comisión de 18 de julio de 2011 que, al no ser tenida en consideración por la industria bancaria, dio lugar a la medida legislativa.

¹¹ Cuyos intereses consisten en el desarrollo de un mercado plenamente integrado y la generación y consolidación de un territorio único de libre circulación (COM (2013) 83).

¹² La Directiva define una “cuenta de pago” como una “cuenta abierta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que se utiliza para ejecutar operaciones de pago” (Art. 2).

básicas.¹³ La Directiva entró en vigor el 17 de septiembre de 2014 y deberá ser transpuesta por los Estados Miembro antes del 18 de septiembre de 2016.

Son varias y diversas las motivaciones que hay detrás de la misma¹⁴. En este artículo nos centramos únicamente en aquellas que constatan la necesidad de garantizar la inclusión financiera a aquellos ciudadanos de la Unión Europea que no disponen aún de cuenta bancaria o a aquellos que tienen dificultades para acceder a cuentas de pago de manera transfronteriza. De hecho, se espera que la Directiva permita lograr la plena inclusión de los ciudadanos europeos, dando respuesta, como ya se ha mencionado, a los 25 millones de ciudadanos europeos que declaran su interés en tener una cuenta bancaria y cuya situación laboral, historial crediticio o situación financiera no les permite acceder a ella. Esto supone un paso importante en un doble sentido: i) por un lado, considera a los servicios financieros como servicios esenciales, de interés económico general; y ii) por otro lado, supone un giro importante hacia la protección del consumidor

financiero, incorporando a los servicios financieros en el marco de los derechos básicos de los consumidores.

Efectivamente, hasta el momento, en la Unión Europea se reconocía el derecho a acceder a determinados servicios esenciales (agua, energía, transportes, etc.), entre los que no figuraban los servicios financieros. Los proveedores debían facilitarlos en condiciones precisas, con una buena cobertura territorial y a un precio asequible (COM (2004) 374 final). Esta Directiva supone un paso importante para la prevención de la exclusión financiera al considerar esencial un servicio financiero. El derecho a una cuenta de pago básica se sustenta en el reconocimiento de que los servicios financieros son “herramientas esenciales para que las personas puedan participar en la economía y en la sociedad”. De hecho, no solo son esenciales sino que, en algunos casos, y con cada vez mayor frecuencia, son obligatorios. La bancarización es forzosa, por ejemplo, para el cobro de prestaciones sociales, para relacionarse con la Administración, o para hacer frente a pagos de cierta cuantía que impiden el uso de dinero en efectivo, etc. (Zunzunegui 2013: 43). La bancarización en muchos casos viene determinada desde el propio Estado y por las prácticas del comercio. Aunque exista la libertad de prestación de servicios bancarios y la apertura de cuenta corriente sea un acto volitivo de ambas partes, hay situaciones en las que el Estado debe proteger

¹³ Hasta el momento no existía en la Unión Europea un compendio normativo sobre la regulación financiera protectora del consumidor financiero. La norma de referencia es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (también conocida como MiFID), que ya mostró sus insuficiencias para la protección del cliente en el periodo de la crisis financiera.

¹⁴ Recogidas en apartado 1.1. sobre motivación y objetivos de la propuesta de la Propuesta de Directiva COM (2013) 266 final, pp. 2-4.

a determinados ciudadanos. Por este motivo, la Directiva ofrece disposiciones claras sobre la obligación de garantizar que exista al menos un proveedor de servicios de pago en cada Estado Miembro, que se pueda acceder a ella a través de sucursales físicas y no únicamente a través de banca electrónica, y que las comisiones sean razonables. De esta manera, establece, aunque con muchas limitaciones aún, las bases para la garantía de acceso a una cuenta de pago básica y el reconocimiento de su carácter universal en cuanto servicio de interés económico general (Gómez y Marban, 2013).

Por otro lado, hasta el momento, el sujeto protegido por la regulación financiera era el “cliente” o “los usuarios de servicios financieros”. Sin embargo, el objetivo principal de la Directiva es la protección de los consumidores financieros, entendiendo por consumidor “toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” (apartado 1 del artículo 2), de acuerdo al Derecho Comunitario y todas las Directivas que se refieren a contratos con consumidores¹⁵. De esta manera, se da también un paso importante en la inclusión de los servicios financieros en el marco de los derechos básicos de los consumidores.

No obstante, la Directiva insiste de manera reiterada en la necesidad de tener en cuenta y dar respuesta a las necesidades de los consumidores más vulnerables. ¿Quiénes son esos consumidores y a qué tipo de vulnerabilidad se enfrentan?

Además, la Directiva reconoce el derecho de acceso a una cuenta de pago básica y establece como base de garantía un principio de no discriminación (art. 15) por el cual los Estados Miembro deben velar porque los proveedores de servicios de pago no discriminen a los consumidores que residan legalmente en la Unión por razón de nacionalidad o lugar de residencia, o por cualquier otra razón contemplada en el artículo 21 de la Carta, cuando soliciten o accedan a una cuenta de pago en la Unión. ¿Cuáles son las garantías a las que hace referencia ese derecho de acceso a una cuenta de pago básica? Y ¿qué interpretación hace la Directiva del concepto “residencia” para establecer las bases de ese principio de no discriminación? Finalmente, la Directiva establece una serie de principios que definen un marco jurídico muy concreto respecto del acceso a una cuenta de pago básico. ¿A qué servicios es posible acceder a través de dichas cuentas? ¿Cuáles son los que excluye?

3.1. Análisis crítico

¹⁵ Directiva 2011/83/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2011 sobre los Derechos de los Consumidores.

De manera general, en primer lugar, esta Directiva ofrece un conjunto de medidas que tratan de paliar los obstáculos que afrontan aquellos a los que se les deniega el acceso a una cuenta bancaria y que puede dar lugar a discriminación por cuestiones de residencia o nacionalidad. Responde, de esta manera, a la necesidad de revisar el régimen de protección de la ciudadanía en su relación con las entidades financieras como consecuencia de la situación de vulnerabilidad y desprotección que enfrenta. Sin entrar en más detalles, que no son objeto de análisis en este trabajo, baste señalar que, aun así, no reconoce el carácter estructural de esa vulnerabilidad, resultante de un sistema que genera un tipo de dominación que no se basa en las diferencias sino en las normas sobre las que se sustenta, y cuyas consecuencias se han puesto de manera manifiesta durante la crisis financiera.

El artículo 20 utiliza el término *vulnerables* para referirse a consumidores con residencia móvil o que no disponen de cuenta bancaria. La norma no nombra a ningún grupo vulnerable específico. A lo largo del texto, se reconoce explícitamente que la movilidad por distintas circunstancias (trabajadores desplazados, estudiantes, etc.) dentro del territorio de la Unión Europea y el hecho de no disponer de una dirección fija, ocasionan problemas para abrir una cuenta de pago transfronteriza en otro país de la

Unión Europea. Esta parece ser la principal causa de vulnerabilidad a la que la Directiva trata de dar una respuesta. Ha sido considerada valiosa y novedosa precisamente por esta circunstancia. Sin embargo, el texto es mucho más ambiguo a la hora de concretar a quién se refiere cuando incluye dentro de ese reconocimiento de “consumidores vulnerables” a aquellos que no disponen de una cuenta bancaria. En el apartado 2 del artículo 16 señala que aquellos que se pueden acoger a las ventajas de esta normativa son consumidores-ciudadanos y/o residentes legales, solicitantes de asilo, y consumidores a los que no se haya concedido un permiso de residencia pero cuya expulsión sea imposible por motivos jurídicos o de hecho.

Los estudios y contribuciones realizadas por la Comisión desde 2008, que sirven de preámbulo y justificación a esta norma, recogían los resultados de un documentado diagnóstico de la exclusión financiera en la Unión Europea¹⁶. También definían responsabilidades políticas y presentaban recomendaciones para hacer frente a la situación, insistiendo en la necesidad de revisar la legislación financiera y proponiendo como

¹⁶ El estudio *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion* fue elaborado en 2008 por un consorcio europeo dirigido por Réseau Financement Alternatif. El informe aborda cuentas transaccionales, ahorro y facilidades de crédito, y se basa en i) datos del Eurobarómetro evaluando la situación en 14 países (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, España, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia y Reino Unido) y en ii) diez documentos temáticos. Todos los documentos están disponibles en: <http://ec.europa.eu/social/spsi>

medida para la prevención de la exclusión financiera la promoción del derecho a los servicios financieros básicos (Comisión Europea, 2008, 98). Sin embargo, la lectura que se desprende de la Directiva, tal y como finalmente fue aprobada en 2014, es que se ha tenido en cuenta únicamente como principal causa de exclusión financiera las derivadas de los obstáculos que tiene el acceso a servicios bancarios transfronterizos para los consumidores financieros con residencia legal en la Unión Europea. No hace ninguna mención a las causas de la exclusión financiera relacionada con la pobreza o la exclusión social, ni establece ninguna medida específica para aquellos que están en una situación de desventaja social y a los que se les deniega el acceso a servicios financieros básicos (Comisión Europea, 2008, 31-32). Aunque insiste en que es necesario reducir la exclusión de consumidores del acceso a servicios de pago y prestar asistencia a los sectores más vulnerables de la sociedad, únicamente propone para tal fin la posibilidad (que no obligación) de acceder a cuentas de pago básicas en condiciones particularmente ventajosas, como por ejemplo, de forma gratuita o a cambio de unas comisiones razonables. También se insta a promover medidas de apoyo a la educación de los clientes más vulnerables, proporcionándoles asesoramiento y

asistencia para una gestión responsable de sus finanzas.

La cuestión central respecto a la condición de *vulnerable* recogida en la Directiva, por tanto, está principalmente relacionada con los obstáculos que se originan con las operaciones de pago transfronterizas y el impacto que esto tiene para garantizar la libertad comunitaria de movilidad dentro de la Unión Europea. La norma es valiosa para aquellos consumidores que residen legalmente en la Unión Europea y que quieran desplazarse a otro Estado Miembro distinto al de origen, ya que les soluciona los problemas que hasta ahora les impedían abrir una cuenta de pago en el lugar de destino. Sin embargo, los obstáculos que enfrentan las personas que se encuentran con dificultades de acceso a servicios bancarios básicos por falta de residencia fija relacionadas con su situación de pobreza y exclusión social son muy distintos y requieren reconocimiento y medidas específicas que la Directiva no contempla.

Existen diferentes niveles de inclusión-exclusión que es preciso tener en cuenta, reconociendo que no todos conducen a situaciones de (igual) vulnerabilidad. Los obstáculos que sufren aquellos que tienen una residencia móvil por cuestiones de trabajo o estudio, por ejemplo, conllevan limitaciones en el uso de dichas cuentas o incluso en la apertura de otra distinta, ya que la Directiva restringe a una el

número de cuentas que se pueden tener para realizar operaciones de pago (aunque no se les impide la portabilidad de alguna otra de la que ya sean titulares en un Estado Miembro). La Directiva, en definitiva, reconoce que existen obstáculos que limitan y/o dificultan y que, por tanto, pueden producir vulnerabilidad, ya que impiden una mayor participación en el mercado interior y comportan menores oportunidades de acceder a sus ventajas.

En consonancia con el modelo económico hegemónico, defiende que la prestación universal de pago es fundamental para el funcionamiento correcto del mercado y el desarrollo de una economía moderna. Sin embargo, no establece ninguna correlación ni da ninguna respuesta a la demanda de otra estrategia prioritaria de la Unión Europea para la lucha contra la pobreza y la exclusión social en Europa¹⁷, que reconoce que el acceso de los más vulnerables, los que se encuentran en una situación de marginación, fragilidad y pobreza persistentes, puede mejorarse con las políticas de mercado único y consumo, garantizando, entre otras cosas, el acceso a los servicios financieros básicos.

La Directiva puede ser un marco adecuado para la prevención de la exclusión financiera pero, sin duda, es un marco insuficiente y muy limitado. Más allá de esta apreciación, en cualquier caso, establece una serie de normas y medidas que no solo no sirven para prevenir la exclusión financiera de los grupos más desfavorecidos, sino que ella misma puede contribuir a perpetuar acciones que las excluyan aún más. Trata de establecer una serie de normas uniformes que eviten la discriminación por razones de residencia a aquellos que deseen abrir y utilizar una cuenta de pago transfronteriza. Sin embargo, su ambigüedad impide identificar quiénes son verdaderamente discriminados, y sus limitaciones socavan más la desventaja para ciertos colectivos. Veamos por qué.

Ello nos lleva, en segundo lugar, a analizar la definición de “residencia” que utiliza la Directiva para establecer las bases de ese principio de no discriminación. La norma va dirigida a los residentes legales en la Unión, definido el residente como “persona física que tiene derecho a residir en un Estado miembro en virtud de disposiciones legales de la Unión o de leyes nacionales, incluidos los consumidores que no tengan una dirección estable y las personas que han solicitado asilo acogiéndose a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y su Protocolo de 31 de

¹⁷ Bruselas, 16.12.2010 COM(2010) 758 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y la Comité de las Regiones, La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial SEC(2010) 1564 final.

enero de 1967 y otros tratados internacionales pertinentes” (apartado 2 del artículo 2)¹⁸.

La Directiva se dirige a estos residentes legales en la Unión que tienen una residencia móvil, y establece que no deben ser discriminados por razón de nacionalidad o lugar de residencia, ni por cualquier otra razón contemplada en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta»), cuando soliciten o accedan a una cuenta de pago en la Unión, con independencia de sus circunstancias financieras, su situación laboral,

nivel de renta, historial crediticio o insolvencia (artículo 15).

Este principio de no discriminación se sustenta, como hemos señalado, en el marco de la protección de un derecho del consumidor, no del ciudadano. Es importante tener en cuenta cómo se interpretará el mismo en cada Estado Miembro y si se considerará (y cómo) a los residentes no regularizados, ya que los obstáculos que siguen poniendo las entidades financieras son infranqueables en la mayoría de los casos, incluso para los residentes legales. En octubre de 2015, el Gobierno alemán aprobó un proyecto de ley sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos que incluía también a refugiados y a personas sin hogar, excluidos financieramente por el hecho de no disponer de un domicilio fijo o de los documentos necesarios. El ministro, Heiko Maas, señalaba respecto a esta iniciativa que “sin una cuenta bancaria, no existen buenas perspectivas en el mercado laboral y alquilar un piso se convierte en un problema”¹⁹. Sin embargo, los obstáculos que siguen poniendo las entidades financieras son insalvables en la mayoría de los casos. Cuando alguien consigue, por ejemplo, un permiso de residencia en el Reino Unido, dispone de 28 días para encontrar casa, conseguir un empleo y hacer la solicitud para recibir un

¹⁸ El concepto de «residente legal en la Unión» cubre tanto a los ciudadanos de la Unión como a los nacionales de terceros países que ya estén acogidos a los derechos conferidos por actos comunitarios tales como: el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo [Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2)]; la Directiva 2003/109/CE del Consejo [Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23.1.2004, p. 44)]; el Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo [Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 1)]; y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77)]. También debe incluir a las personas en busca de asilo, de conformidad con la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, y el Protocolo, de 31 de enero de 1967, relativos al estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales pertinentes. Además, los Estados miembros pueden hacer extensivo el concepto de «residente legal en la Unión» a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio.

¹⁹ En <http://www.welt.de/newsticker/news1/article148147248/Kabinetts-beschliesst-Recht-auf-Konto-fuer-jeden.html>

subsidio, para lo cual, a su vez, deben de tener una cuenta de pago básica.

Según el Consejo de Refugiados²⁰, el origen de este problema se encuentra en que los empleados de los bancos no reconocen la única tarjeta de identificación que reciben estas personas. El documento que acredita el permiso de residencia es similar al de un permiso de conducir: incluye una foto, el año de nacimiento y la condición de refugiado, y es expedido por el Ministerio del Interior. En principio debería ser suficiente para abrir una cuenta bancaria. Sin embargo, según un estudio realizado por el Consejo de Refugiados, el personal de las entidades suele exigir documentos adicionales para acreditar la identidad, tales como un pasaporte, un permiso de conducción o una factura domiciliada, requisitos imposibles de cumplir para aquellos que abandonan su país de origen con la intención de asentarse en otro Estado mientras tramitan sus papeles. Muchas personas no cuentan con los documentos legales que les solicitan (Basedow, J. y Doyle, L., 2016: pp. 12-16).

Las entidades financieras exigen requisitos relativos a la situación administrativa regular de las personas extranjeras, pero también relativos a la situación económica que afectan principal y

exclusivamente a personas en situación de pobreza. El Ararteko, Defensor del Pueblo en el País Vasco, inició en 2012 unas actuaciones de oficio con relación a la denegación de apertura de una cuenta corriente en una entidad financiera y a la realización de operaciones bancarias, trasladando su preocupación por las dificultades que las entidades bancarias ponen a determinados colectivos para abrir una cuenta bancaria o para realizar las operaciones tras haberla abierto²¹. El Defensor del Pueblo, en su informe de 2014, insistía en la misma dirección.

De acuerdo con la Directiva, las entidades de crédito deben asegurarse también de que sus clientes no utilicen el sistema financiero con fines ilícitos, como el fraude, el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo²². En España, para ello se solicita i) un Documento identificativo oficial (que en el caso de los no residentes extranjeros lo tramita la policía), ii) una Declaración de Actividad Económica (DAE) y iii) un documento que acredite su actividad económica o profesional²³. En caso de no

²⁰ <http://www.refugeecouncil.org.uk>

²¹ Recogido en su Informe de 2012, capítulo 9 sobre personas inmigrantes: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_3009_3.pdf

²² Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

²³ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. El reglamento de desarrollo de la Ley fue aprobado mediante Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

presentar esta documentación en el plazo de tres meses la cuenta queda bloqueada. Estos requisitos se fundamentan en la necesidad de controlar el sistema de pagos en el mercado de la Unión y están justificados por razones de política pública y seguridad nacional pero qué duda cabe que su aplicación en cada Estado Miembro conlleva trabas normativas infranqueables en muchos casos para los colectivos más desaventajados socialmente. Son requisitos que se construyen sobre un sistema de normas que pueden acabar siendo una fuente de discriminación.

La Directiva también insiste en la obligación de los proveedores de servicios de pago a abrir este tipo de cuentas a cualquier consumidor que tenga un vínculo real en el Estado Miembro. Esos vínculos pueden ser familiares o profesionales, pero también referentes al lugar de estudios y formación o la posesión de bienes inmuebles, lo cual es imposible de acreditar para personas que se encuentran en situación o riesgo de exclusión social.

En tercer y último lugar, las tensiones más problemáticas que se derivan de la Directiva están asociadas a los servicios que permite una cuenta de pago²⁴ y a los servicios que excluye. Algunos

de estos resultan esenciales también para la participación en la economía y en la sociedad de las personas. El hecho de tener acceso a una cuenta bancaria es una condición necesaria pero no suficiente para concluir que alguien está financieramente incluido. Al menos son dos los aspectos que cabe destacar al albur de esta Directiva para identificar los obstáculos que genera: i) por un lado, el relacionado con la medida de razonabilidad de las comisiones bancarias y, ii) por otro, el relacionado con la medida de no inclusión entre los servicios financieros de aquellos vinculados al acceso al crédito y a los seguros.

La Directiva señala que todos los servicios asociados a una cuenta de pago básica se deberán ofrecer sin cargo alguno o aplicando una comisión razonable, sin embargo, no especifica lo que hay que entender por “razonable”. Será cada país quien determine los criterios de esas comisiones a partir de 1) los niveles nacionales de renta, y 2) las comisiones medias aplicadas por las entidades de crédito en el Estado miembro de que se trate por los servicios prestados en relación con las cuentas de pago. Según la normativa sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, EHA/ 2899, de 28 de octubre de 2011 “solo podrán percibirse comisiones [...] por

²⁴ Una cuenta de pago básica permite los siguientes servicios (artículo 16): 1) efectuar todas las operaciones necesarias para la apertura, utilización y cierre de una cuenta de pago; 2) depositar dinero en efectivo; 3) retirar dinero en efectivo dentro de la Unión

Europea; y 4) ejecutar operaciones de pago (adeudos domiciliados; transferencias de fondos y operaciones de pago mediante una tarjeta de pago, inclusive pagos en línea).

servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”. Sin embargo, el abuso en el cobro de comisiones indebidas, como se sabe, es uno de los mayores problemas que enfrenta en este momento la Asociación Europea de la Banca, responsable de fijar las reglas sobre esta cuestión.

Entre las comisiones que la banca carga de forma indebida están las ocasionadas por descubierto – que generalmente ascienden al límite legal–, por demora en los pagos o por las devoluciones de recibos. El hecho de que una persona acceda a servicios financieros básicos y que estos además sean reconocidos como un derecho tan solo permite superar la barrera de acceso pero no la ocasionada por el funcionamiento del sistema financiero, que establece cláusulas y costes por transacciones abusivos e ilegales y que resultan disuasorios para el uso de los servicios financieros básicos²⁵. La ambigüedad con la que esta cuestión aparece en la Directiva sin duda no contribuye a paliar esta situación para el conjunto de la ciudadanía y, de manera especial, para aquellos que más dificultades tienen en su relación con las entidades financieras para

acceder a servicios que además de básicos les resultan obligatorios.

También es preciso señalar, por último, que la Directiva de acceso a una cuenta de pago solamente permite el acceso a algunos servicios financieros, mencionados anteriormente, pero no establece medidas para proteger el acceso a otros que son igualmente necesarios para la plena inclusión financiera como son el acceso a crédito o los seguros²⁶. Muchos de ellos son considerados fundamentales para el objetivo de prevención de la exclusión financiera. La propia Comisión reconoce la importancia del crédito como una herramienta útil y necesaria para acceder a bienes y servicios esenciales. Sin duda, los problemas de acceso o uso del crédito son más difíciles de definir y deben estar equilibrados con la obligación de las entidades financieras de evitar riesgos demasiado altos. Pero todas estas advertencias no eximen de la responsabilidad de establecer medidas que garanticen el acceso al crédito y a otros servicios financieros que reconoce el Derecho comunitario²⁷.

²⁵ Según datos de la Asociación Attac, de los 18.417 millones de euros de ingresos procedentes de comisiones obtenidos por la banca en 2013, se estima que entre 6.000 y 8.000 millones corresponden a recargos que no deberían haberse realizado.

²⁶ Hoy en día algunos tipos de seguros son esenciales y obligatorios (por ejemplo, para el uso de vehículos o para llevar a cabo algún tipo de empleo). Los seguros para fines de jubilación son cada vez más importantes, debido las dificultades bien conocidas de los sistemas estatales de bienestar.

²⁷ Art. 2.b) Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; noción también recogida en el art. 2.1) Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Este análisis ha querido poner de manifiesto cuáles son los aspectos positivos y las limitaciones de la Directiva. En su conjunto, podemos concluir que, si bien supone un primer paso muy importante para la protección de los consumidores financieros y para el reconocimiento de los derechos de acceso a algunos servicios financieros básicos, no sólo es un marco insuficiente para la prevención de la exclusión financiera sino que sus ambigüedades y restricciones le convierten en un instrumento normativo que incluso la puede favorecer aún más para aquellos colectivos a los que paradójicamente va dirigida. Se convierte de esta manera en un elemento de subordinación social.

4. Sobre el funcionamiento de los sistemas de opresión en el acceso de servicios financieros básicos

Precisamente, con el ánimo de reforzar el análisis crítico de la directiva y visibilizar el alcance que tiene este tipo de subdiscriminación, se toma como ejemplo un caso recogido en la Comunicación N° 10/1997, Ziad Ben Ahmed Habassi c. Dinamarca (CERD/C/54/D/10/1997) relativo a la denegación de préstamos bancarios a no ciudadanos. En él es posible valorar las consecuencias que tienen las restricciones en el acceso a servicios financieros

que son obligatorios para la participación de las personas en la economía y en la sociedad, y cuyo vacío normativo deja al albur del sistema financiero el establecimiento de normas abusivas que generan un tipo de vulnerabilidad estructural muy concreta. También muestra las deficiencias que la ambigüedad de los procesos y las normas tienen en el ámbito financiero con respecto a la categoría de “residente legal” y, finalmente, pone de manifiesto la indefensión que afecta a determinados colectivos. Esta les sitúa en un estatus de subdiscriminación como consecuencia de las estructuras de dominación sobre las que se sustentan no solo el sistema financiero sino su propia regulación.

4.1. Resumen del caso

El 17 de Mayo de 1996, el Sr. Habassi, ciudadano tunecino nacido en 1972 y residente en Aarhus (Dinamarca) se disponía a adquirir un dispositivo de alarma para su coche. Al preguntar si había posibilidades de financiación, se le facilitó un formulario de solicitud de préstamo para gestionar a través del banco con el que el comercio trabajaba, el Sparbank Vest. El formulario contenía, entre otras cosas, una cláusula estándar según la cual el solicitante del préstamo declaraba ser danés. El Sr. Habassi, que poseía un permiso de residencia permanente en Dinamarca y estaba casado con una danesa, firmó el formulario a pesar de esa cláusula.

Posteriormente, el Sparbank Vest informó al Sr. Habbasi que aprobaría el préstamo una vez presentase un pasaporte danés o que la persona responsable de la solicitud de préstamo fuese su esposa. Asimismo, se le comunicó que la norma del banco era no conceder préstamos a los extranjeros.

El Sr. Habbasi se puso en contacto con el Centro Documental y Consultivo en materia de Discriminación Racial (DRC) de Copenhague, institución independiente que ya había tomado contacto con el Sparbank Vest debido a la política crediticia del banco respecto a los extranjeros. A través de DRC, se solicitó que se aclarasen las razones que justificaban una política de crédito que, entre otras cosas, exigía a los solicitantes declarar que eran daneses. La respuesta del banco fue que el requisito de nacionalidad debía entenderse como un requisito de residencia permanente en Dinamarca. Ante la solicitud de información por parte del DRC acerca del número de extranjeros que efectivamente habían obtenido préstamos, el Sparbank Vest aclaró que no constaba en sus registros si un cliente era danés o no, por lo que no estaba en condiciones de proporcionar la información solicitada. Asimismo señalaba que en el caso de solicitantes extranjeros el banco efectuaba una evaluación en la que se consideraba si la relación con Dinamarca tenía carácter temporal o permanente. Según la

experiencia del banco, solo la existencia de una relación permanente y estable con el país hacía posible prestar el servicio requerido y asegurar una comunicación estable con el cliente.

El DRC, en nombre del SR Habbasi, denunció al departamento de policía alegando que el banco había violado la ley danesa por la que se prohíben las diferencias de trato por motivos de raza. Meses después, la policía informó al DRC que había archivado la investigación en vista de que no había pruebas de que se hubiera cometido un acto ilícito. En la carta se indicaba que el requisito de la nacionalidad danesa debía interpretarse en relación con la posibilidad de cobro de la suma adeudada y que todos los solicitantes de préstamos firmaban el mismo tipo de formulario. La Asociación de Banqueros Daneses había decidido que la expresión “tengo nacionalidad danesa” se suprimiría y el banco confirmó que, de acuerdo a lo señalado por dicha Asociación, la cláusula quedaría suprimida cuando se imprimieran nuevos formularios.

El DRC presentó una denuncia ante el Fiscal del Estado de Viborg, en la que impugnaba la decisión del departamento de policía, que consideraba legítimo el criterio de la nacionalidad. El autor tenía una clara relación permanente con Dinamarca, puesto que estaba casado con una danesa y tenía un trabajo fijo. El Sr. Habbasi tenía un número de registro civil en Dinamarca y una dirección en el registro nacional

de ese país. Ello debería haber bastado para probar sus vínculos con Dinamarca. El hecho de que el banco siguiera exigiendo la documentación relativa a la nacionalidad danesa constituía un acto discriminatorio que no podía justificarse por el interés del banco para cobrar la suma adeudada. Asimismo, el DRC destacaba que el Sparbank Vest no había proporcionado información sobre clientes extranjeros, a pesar de ser determinante para valorar si su política crediticia era discriminatoria. El Fiscal del Estado informó al DRC que no veía ninguna razón para modificar la decisión de la policía y que, al ser un caso particular que depende de la discrecionalidad de la policía, no tiene posibilidad de plantear el caso ante un tribunal.

Los hechos constituían, de acuerdo con el abogado, una violación del apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 6 de la Convención, con arreglo a los cuales los presuntos casos de discriminación deben ser investigados exhaustivamente por las autoridades nacionales. En este caso, ni el departamento de policía ni el Fiscal del Estado examinaron si la política crediticia del banco constituía una discriminación indirecta por motivos de origen nacional o raza. En particular, debieron examinar las siguientes cuestiones: a) en qué medida se exigía que las personas que solicitaban préstamos presentaran sus pasaportes; b) en qué medida el Sparbank

Vest concedía préstamos a extranjeros; y c) en qué medida el Sparbank Vest concedía préstamos a daneses residentes en el extranjero.

Si se considera una justificación razonable el criterio de la residencia permanente, en caso de que se concediesen préstamos a daneses que no tuviesen su residencia permanente en Dinamarca, el criterio de nacionalidad constituiría, de hecho, una discriminación racial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención.

El Estado adujo que ni la Ley contra la discriminación ni la Convención incluían la nacionalidad como motivo independiente de discriminación. Consideró que, al estudiar las solicitudes de préstamo, los vínculos del solicitante con Dinamarca pueden ser importantes, entre otras cosas para evaluar la posibilidad de cobro de la suma adeudada por el acreedor. Para ello, los datos relativos a la nacionalidad del solicitante están objetivamente justificados. De acuerdo con la recomendación general XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención²⁸, El Estado considera que tanto la justificación de las decisiones del jefe de policía como del fiscal de distrito se basaban en el hecho de que las diferencias de trato tienen un objetivo legítimo y respetan la condición de

²⁸ En donde se señala que “una diferencia de trato no constituye discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos”.

proporcionalidad, por lo cual no constituyen una discriminación prohibida.

4.2. Examen de fondo

El Comité opinó que en este caso se había negado al Sr. Habassi un recurso eficaz en el sentido del artículo 6 de la Convención en relación con el apartado d) del artículo 2. Reconoce que para facilitar la integración de una persona en la sociedad se suelen necesitar recursos financieros. En consecuencia, poder acceder al mercado crediticio y solicitar un préstamo en las mismas condiciones aplicables a la mayoría de los habitantes es una cuestión importante. En este caso, un banco danés denegó un préstamo al autor basándose únicamente en su nacionalidad extranjera y se le dijo que el requisito de la nacionalidad se fundaba en la necesidad de garantizar el reembolso del préstamo. Sin embargo, el Comité opinó que la nacionalidad no es el requisito más apropiado al investigar la voluntad de una persona de reembolsar un préstamo o su capacidad para hacerlo. La residencia permanente del solicitante o el lugar en que se encuentran su trabajo, sus bienes o su familia pueden ser más pertinentes en ese contexto. La persona puede mudarse al extranjero o poseer todos sus bienes en otro país, evitando así todo intento de hacer efectiva una demanda de reembolso. En consecuencia,

basándose en el apartado d) del artículo 2 de la Convención, el Comité consideró que procedía iniciar la debida investigación de las verdaderas razones que sustentan la política crediticia del banco en lo que respecta a los residentes extranjeros, para determinar si se están aplicando o no criterios de discriminación racial en el sentido del artículo 1 de la Convención. El Comité opinó que las medidas adoptadas por la policía y el Fiscal del estado fueron insuficientes para determinar si se había cometido un acto de discriminación racial.

5. A modo de conclusión

Este ejemplo permite ilustrar de manera sencilla pero clara cómo opera un sistema de opresión y el modo cómo las normas en las que se sustenta constituyen una particular modalidad de subdiscriminación. De este modo, y también a través del análisis de la Directiva europea, se ha querido poner de manifiesto cómo la aplicación de normas que precisamente tratan de proteger y garantizar el derecho al acceso a los servicios bancarios básicos y evitar la discriminación por razón de nacionalidad o lugar de residencia, tiene, de facto, efectos negativos desproporcionadamente mayores sobre colectivos socialmente subordinados. Así, se ha querido contribuir al debate sobre la necesidad de ensanchar el concepto de discriminación hasta la subdiscriminación. Las relaciones de poder y el

despliegue que promueve el sistema financiero producen una relación contradictoria entre la exclusión y la inclusión a través de la cual se conforman las condiciones estructurales para la dominación. Los excluidos del sistema financiero son aquellos que no pueden acceder a determinados bienes y permanecen al margen de un sistema que, paradójicamente, continúa regulando sus propias vidas. Permanecen al margen pero, en cualquier caso, de manera periférica porque, al mismo tiempo, están incluidos en las extensiones de regulación y control que el propio orden hegemónico capitalista impone para su desarrollo.

Referencias

- ANDERLONI, L., BAYOT, B., BLEADOWSKI, P., IWANICZ-DROZDOWSKA, M., KEMPSON, E., *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*. Report prepared for the Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, European Commission, 2008.
- AÑÓN, M.J., “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, nº 39, 2013, pp. 127-157.
- ATERIDO, R., BECK, T. & IACOVONE, L., “Gender and Finance in Sub-Saharan Africa: Are Women Disadvantaged?” Policy Research Working Paper 5571, Washington, Banco Mundial, 2011.
- BASEDOW, J. y DOYLE, L., *England’s forgotten refugees: Out of the fire and into the frying pan*. Reino Unido, Refugee Council, 2016.
- BARR, M., “Banking the poor”, *Yale Journal on Regulation* 21, 2004, pp. 122-239.
- BARRÈRE, M., “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 60, 2001, pp. 145 y ss.
- BARRÈRE, M. y MORONDO, D., “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, en AA.VV. (coord. Barrère, A. y Campos, A.) *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 143 y ss.
- BARRÈRE, M., “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación”, en AA. VV. (coord. Mestre i Mestre, R.) *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008 pp. 45 y ss.
- BARRÈRE, M.A. y MORONDO, D., “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº 45, 2011, pp. 15-42.
- BERGER, M., "Giving Women Credit: The Strengths and Limitations of Credit as a Tool for Alleviating Poverty". *World Development* 17 (7), 1989, pp. 1017-1032.
- CALEM, P.S., GILLEN K., WACHTER S., “The neighborhood distribution of subprime mortgage lending”, *Journal of Real Estate Finance and Economics* 29, 2004, pp. 393-410.
- CARBO, S., GARDENER, E., MOLYNEUX, P., “Financial exclusion in Europe”, *Public Money and Management* 27, 2007, pp. 21-45.
- CLAESSENS, S., “Access to financial services: a review of the issues and public policy objectives”, *World Bank Research Observer* 21, 2006, pp. 207-240.
- CORRADO, G. y CORRADO, L., “The geography of financial inclusion across Europe during the global crisis”, *Journal of Economic Geography* 15 (5), 2015, pp.1055-1083.
- DEMIRGÜÇ-KUNT, A., KLAPPER, L., “Measuring financial inclusion: explaining variation in use of financial services across and within countries”, *Brookings Papers on Economic Activity*; 46, 2013, pp. 279-340.
- DYMSKI G., “Discrimination in the credit and housing markets: findings and challenges” en W. Rodgers, ed. *Handbook on the Economics of Discrimination*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 215-259.
- DYMSKI, G.A., “Understanding the subprime crisis: institutional evolution and theoretical views”. Working Paper, Kirwan Institute for the Study of Race and Ethnicity, 2010.
- EUROBAROMETER. *Poverty and Social Exclusion*. Special Eurobarometer 355/Wave 74.1. Brussels, European Commission; 2010.
- GLOUKOVIEZOFF, G., “From financial exclusion to over-indebtedness: the paradox of difficulties for people on low incomes?”, en Anderloni, L., Braga, M.D., Carluccio, E.M., eds. *New frontiers in banking services: emerging needs and tailored products for untapped markets*, Hamburg, Springer Berlin Heidelberg, 2007, pp. 213-245.
- GÓMEZ, L. Y MARBÁN, R. “Basic Financial services: A new service of general economic interest?”, *Journal of European Social Policy*, vol. 23, nº 3, 2013, pp. 332-339.
- KEMPSON, E., WHYLEY, C., *Understanding and combating financial exclusion*, York, Joseph Rowntree Foundation, 1999.
- KHAN, O., *Financial Inclusion and Ethnicity: An Agenda for Research and Policy Action*, London, Runnymede Trust, 2008.
- LEYSHON A., THRIFT N. “Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States”. *Transactions of the Institute of British Geographers* 20, 1995, pp. 312-341.
- LYCETTE, M. y WHITE, K. "Improving Women's Access to Credit in Latin America and the Caribbean: Policy and Project Recommendations". En: Berger, M. y Buvinic, M. (eds.): *Women's Ventures: Assistance to the Informal Sector in Latin America*. West Hartford, Connecticut: Kumarian Press, 1989.

MORONDO, D. "Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto", *Es@*, Pesaro, 2004.

MORONDO, D. "Un caffè da Starbucks: Intersezionalità e disgregazione del soggetto nella sfida al diritto antidiscriminatorio", *Ragion Pratica*, 2, 2011.

MORRIS, G. y MEYER, R. "Women and Financial Services in Developing Countries: A Review of the Literature". *Economics and Sociology* n°. 2056, Department of Agricultural Economics and Rural Sociology, Ohio State University, 1993.

MUNNELL, A.H., TOOTELL, G.M.B., BROWNE, L.E., MCENEANEY, J., "Mortgage lending in Boston: interpreting HMDA data", *American Economic Review* 86, 1996, pp. 25-53.

POLLIN, J.P., RIVA, A., "Financial Inclusion and the Role of Postal Systems" en Ruozi, R. and Anderloni, L. (eds). *Modernization and Privatization of Postal Systems in*

Europe: New Opportunities in the Area of Financial Services, London, Springer, 2001.

ROSS, S., YINGER, J., "Does discrimination in mortgage lending exist? The Boston Fed study and its critics", en Turner M.A., Skidmore F. (eds.), *Mortgage Lending Discrimination: A Review of Existing Evidence*. Washington, DC: Urban Inst. Press, 1999.

YOUNG, I.M. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra /Instituto de la Mujer/ PUV, 2000.

YOUNG, I.M. *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata, 2011.

ZUNZUNEGUI, F. "Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos, en AA.VV, *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, Bilbao, Ararteko, 2013, pp.32-47.