



Trabajo Fin de Grado

La obligación de la Banca de evaluar la solvencia
antes de la concesión de crédito

Autor/es

Patricia Sevilla Rubio

Director/es

Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho

2014

ÍNDICE

Abreviaturas	4
I. Introducción	6
1. Objeto de estudio: La obligación de la Banca de evaluar la solvencia antes de la concesión de crédito	6
2. Metodología	7
II. Implantación legal del deber de evaluación de solvencia	9
1. La obligación de evaluar la solvencia en el Derecho comunitario	9
2. La obligación de evaluar la solvencia en otros ordenamientos	11
3. La obligación de evaluar la solvencia en Derecho español	15
3.1 Antecedentes normativos	15
3.1 Regulación actual	16
III. Finalidad del deber de evaluación de solvencia	24
1. La protección de la clientela bancaria	24
2. El incremento de la competencia en el mercado de crédito bancario	25
3. La prevención de las crisis bancarias	25
IV. Contratos bancarios en los que existe la obligación de evaluar la solvencia	27
1. Los contratos bancarios de crédito	27
2. Crédito al consumo	29
3. Crédito hipotecario	30
V. Ámbito subjetivo del deber de evaluación de solvencia	32
1. Sujetos obligados a evaluar la solvencia	32
2. Sujetos cuya solvencia debe evaluarse	34
VI. Contenido de la obligación de evaluar la solvencia	38
1. Procedimientos de estudio y concesión de crédito	38
2. Información en que ha de basarse la evaluación de solvencia	40
2.1 Información proporcionada por el cliente	40
2.2 Ficheros de crédito y de solvencia patrimonial	41

A. Concepto	41
B. Clasificación	42
C. Los ficheros de solvencia y la protección de datos	43
3. Criterios para determinar la solvencia	49
4. Resultado de la evaluación de solvencia	52
4.1 El resultado de la evaluación es positivo	52
4.2 El resultado de la evaluación es negativo	53
VII. Consecuencias del incumplimiento del deber de evaluación de solvencia	55
1. Sanciones administrativas	55
2. Consecuencias de naturaleza jurídico-privada	56
VIII. Conclusiones	62
IX. Bibliografía, jurisprudencia y legislación	67
1. Bibliografía	67
2. Jurisprudencia	70
3. Legislación	71

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de comercio
CE	Constitución Española
CIRBE	Central de Información de Riesgos del Banco de España
Circular 5/2012	Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Directiva 2008/48/CE	Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo
Directiva 2014/17/UE	Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Etc.	Etcétera
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo

LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
Ley 2/2009	Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
RD	Real Decreto
RD-Ley	Real Decreto Ley
RD Leg	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SECC.	Sección
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO: LA OBLIGACIÓN DE LA BANCA DE EVALUAR LA SOLVENCIA ANTES DE LA CONCESIÓN DE CRÉDITO

Las deficiencias en el funcionamiento del mercado de crédito son una de las causas de la grave crisis financiera y económica que padecemos. Durante años, este mercado creció de forma artificial, sustentado en gran medida en la comercialización abusiva e irreflexiva de préstamos por las entidades e intermediarios de crédito con la connivencia de clientes imprudentes que firmaban contratos sin capacidad financiera suficiente para afrontar la devolución del importe solicitado. Esta actitud irresponsable condujo a un sobreendeudamiento excesivo de las empresas y las familias. El sobreendeudamiento está directamente relacionado con el incremento del crédito hipotecario en conexión con el auge imparable del mercado inmobiliario acontecido en nuestro país a partir del año 2000, en situación de bonanza económica, y con el incremento de los créditos al consumo que, si bien tienen una duración y cuantía menor, la facilidad para acceder a los mismos produjo un efecto multiplicador. A modo de ejemplo en 2008, el saldo vivo de préstamos hipotecarios sobre viviendas en la Unión Europea ascendía a casi 6 billones de euros, esto es, en torno al 50% de su PIB¹.

Ahora bien, debemos diferenciar entre el sobreendeudamiento activo y el sobreendeudamiento pasivo. El activo responde a la propia actuación dolosa y/o negligente del consumidor, es decir, la de aquellos que entregaron información falsa a las entidades de crédito, aumentando de forma fraudulenta la apariencia de sus ingresos para obtener créditos que de otra manera no hubieran recibido; mientras que el sobreendeudamiento pasivo tiene su origen en causas ajenas a la voluntad del consumidor, entre las que destacan el desempleo y el deterioro de las condiciones laborales; modificaciones en la estructura familiar; la quiebra de pequeños negocios familiares para los que se prestaron garantías personales; incentivos excesivos al consumo y al recurso de créditos fáciles y el aumento de los tipos de interés entre otros. Todo esto tuvo como efecto un incremento de la tasa de morosidad en las entidades de crédito que operan en España. Así, en noviembre de 2012, se registró una morosidad del 11,38%, con un volumen de créditos dudosos de 191.630 millones de euros, un 42,76% más que en el mismo mes del año anterior. Sin embargo, el porcentaje de créditos

¹ Fuente: EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Hypostat 2008: A review of Europe's Mortgage and Housing Markets*, noviembre de 2009, pp. 7, 70 y 71.

dudosos de los bancos, cajas, cooperativas y establecimientos financieros de crédito alcanzó durante el mes de noviembre de 2013 el 13,08%, llegando al 13,61% en el mes de diciembre de 2013, suponiendo un récord histórico de morosidad desde 1962, momento en que se empezaron a recopilar estos datos. En cifras, la cantidad total de créditos dudosos en el último mes de 2013 fue de 197.045 millones de euros, cifra que supera casi en 5.000 millones los de noviembre, cuando sumaron 192.480 millones². Los aumentos en la tasa de morosidad son una de las causas de la reducción de los préstamos concedidos por la banca, que entre el mes de julio y agosto descendió en 1.726 millones de euros (desde el importe de 1.492.041 millones de euros en julio hasta el importe de 1.490.315 millones de euros en agosto).

El fenómeno del sobreendeudamiento debe ser contemplado por el legislador en dos momentos diferentes en relación a la conclusión del contrato de crédito: *ex ante*, con un carácter preventivo, mediante la adopción de medidas tendentes a evitar que el consumidor solicite más crédito de lo que sus posibilidades económicas le permiten; y *ex post*, una vez que el consumidor se ha endeudado hasta el punto de no poder hacer frente a sus obligaciones. Dentro de las medidas tendentes a prevenir un endeudamiento excesivo del consumidor reviste gran importancia que, antes de celebrar el contrato de crédito, el prestamista evalúe en profundidad la solvencia. En esta línea, las últimas reformas de la normativa bancaria obligan a las entidades de crédito a poner una especial atención a la hora de negociar con su clientela, especialmente con aquellos que tengan la condición de consumidores. Sin embargo, un análisis en profundidad demuestra que pocas de estas obligaciones son nuevas, en comparación con la práctica bancaria real, en cuanto al estudio de solvencia de los acreditados; sí, en lo que se refiere a las obligaciones de revisión de la conveniencia de los productos bancarios para su clientela.

2. METODOLOGÍA

El punto de partida de esta investigación lo constituye una observación atenta de la realidad, ya que el carácter de Ciencia social del Derecho impone el examen de los comportamientos en su entorno. Para ello me he servido de la legislación nacional y la comunitaria, puesto que a España como Estado miembro de la Unión Europea le afecta la normativa comunitaria; doctrina de los autores más relevantes en el campo de las relaciones contractuales entre entidades bancarias y no bancarias con consumidores,

² Fuente: BANCO DE ESPAÑA., *Boletín Estadístico de 2013*, Dirección General del Servicios de Estudios del Banco de España, Noviembre y Diciembre, 2013.

tanto personas físicas como jurídicas y también de los diferentes informes, estudios y dictámenes que el Banco de España o el Banco Central Europeo realizan en la materia estudiada.

Si bien el estudio de los comportamientos en sí mismo es de gran interés y de utilidad para esta investigación, sin embargo, el objeto de esta investigación no es la realidad en sí misma sino el Derecho. Concretando más, la ciencia jurídica que se ocupa del estudio de las reglas de comportamiento por las que se rigen los comportamientos actuales en el sector bancario. La finalidad de este estudio es el conocimiento del Derecho positivo vigente y las reglas de conducta que impone a quienes deben evaluar la solvencia. Los concretos preceptos legales y reglamentarios sobre la obligación de evaluación de la solvencia constituyen los materiales sobre los que he trabajado para llegar a conocer las reglas de conducta (normas concretas) que están obligados a respetar quienes participan en la concesión de crédito a los consumidores. A su vez y dado que se trata de una materia objeto de armonización por la Unión europea, el estudio se ha hecho conjuntamente con el de las normas comunitarias.

Una herramienta clave en el análisis de la obligación de evaluación de la solvencia es el recurso al Derecho comparado, como aportación de "experiencia jurídica". En este sentido, no me he centrado en resaltar los puntos comunes o distintas figuras e instituciones públicas que puedan existir en los diferentes ordenamientos jurídicos de los distintos países, sino que he centrado mi atención en comprar la diferente normativa que se establece en los distintos sistemas jurídicos, para resaltar en qué coinciden y en qué se diferencian. Precisamente porque la comparación es la finalidad del recurso a la herramienta del Derecho comparado, se hará una aplicación puntual del mismo, como elemento de comprensión y resolución de cuestiones concretas, huyendo de simples exposiciones de Derecho extranjero.

II. IMPLANTACIÓN LEGAL DEL DEBER DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

La gran mayoría de países desarrollados han adoptado medidas tendentes a la protección de consumidores y usuarios en el ámbito contractual, y algunos de ellos han abordado y regulado el concepto de «préstamo responsable» con el fin de fomentar un mercado crediticio más eficiente, transparente, justo y, en la medida de lo posible, responsable con el sobreendeudamiento, especialmente en relación con los consumidores.

1 LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO

En el marco de la Unión Europea se han aprobado diversas Directivas tendentes a la protección de los clientes de servicios bancarios. Sin embargo, es la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo³, en su artículo octavo, la que realmente introdujo el concepto de «préstamo responsable», imponiendo a los prestamistas la obligación de evaluar la solvencia del cliente antes de la concesión de crédito al consumo. Dicho artículo establece que antes de la celebración del contrato de crédito, el prestamista debe evaluar la solvencia del consumidor sobre la base de una información suficiente. Esta información será facilitada tanto por el propio consumidor como por los datos obtenidos de la consulta de bases de datos. Además, si las partes decidieran modificar el importe total del crédito tras la celebración de éste, el prestamista debe reevaluar la solvencia antes de aumentar el importe del crédito.

La Directiva 2008/48/CE tiene por objeto armonizar determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo y para ello introduce una serie de obligaciones relativas a la concesión responsable de crédito a los consumidores, que incluyen, entre otros, los requisitos relativos a la publicidad de las operaciones de concesión de crédito, la información contractual y precontractual que deben proporcionar los prestamistas y la obligación por parte de éstos de evaluar la solvencia del consumidor con anterioridad a la suscripción del contrato (artículo 8). En este

³ Publicada en el DOUE L 133/66, de 22 de mayo de 2008.

sentido, el considerando 26 de la Directiva 2008/48/CE recuerda la importancia de que los prestamistas no concedan créditos de forma irresponsable y sin evaluar la solvencia del prestatario y por ello exhorta a se lleven a cabo los controles necesarios para evitar estos comportamientos imprudentes, así como a castigarlos mediante las sanciones que los Estados miembros dispongan en su normativa nacional. Asimismo, insiste en la necesidad de prudencia por parte del consumidor en la suscripción de contratos de crédito al afirmar que los consumidores deben actuar con prudencia y cumplir sus obligaciones contractuales.

Posteriormente, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010⁴, establece en sus artículos 18 a 21 la obligación de evaluar la solvencia al consumidor y el acceso a las bases de datos para realizar dicha evaluación. Esta Directiva establece que los Estados miembros tienen el deber de controlar que antes de la celebración un contrato de crédito, los prestamistas hayan evaluado correctamente y en profundidad la solvencia del cliente⁵, y por este motivo obliga a que el prestamista sólo pueda conceder el crédito al consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que cumpla con las obligaciones derivadas del contrato y a que deniegue el crédito si el resultado de la evaluación es negativo. En este último caso, el prestamista deberá informar consumidor de la denegación y de los motivos de ésta, y en el caso de que haya consultado una base de datos deberá advertirlo al consumidor y exponerle el resultado de esa consulta⁶.

Además, la Directiva dispone que la evaluación de la solvencia debe llevarse a cabo en base a una necesaria información sobre los ingresos y gastos, así como otras circunstancias financieras o económicas relativas al consumidor que puedan ser de interés. Además esta necesaria información debe ser proporcionada de forma suficiente por parte del propio consumidor, pero también el prestamista tiene la posibilidad de acudir a fuentes internas y externas para recabar dicha información, así como de acudir

⁴ Publicada en el DOUE L 60/34, de 28 de febrero de 2014.

⁵ Artículo 18.1 Directiva 2014/17/UE.

⁶ Artículo 18.5 Directiva 2014/17/UE.

a la información facilitada al intermediario de crédito o al representante designado durante el proceso de solicitud del crédito. Además, la Directiva recuerda que la información debe ser comprobada adecuadamente por el prestamista⁷. La Directiva 2014/17/UE también obliga a que los Estados garanticen a todos los prestamistas, independientemente de su calificación, el acceso a las bases de datos previo pago y en condiciones no discriminatorias, para que puedan obtener la información necesaria para evaluar la solvencia del consumidor y verificar también que éste podrá cumplir, en principio, con las obligaciones crediticias durante la vigencia del contrato⁸.

2 LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA EN OTROS ORDENAMIENTOS

La gran mayoría de países desarrollados han adoptado medidas tendentes a la protección de consumidores y usuarios en el ámbito de la contratación de créditos, especialmente en lo que se refiere a información precontractual y contractual, y a la inclusión de cláusulas abusivas. Además, algunos de ellos han abordado y regulado el concepto de «préstamo responsable» con el fin de fomentar un mercado crediticio más eficiente, transparente, justo y responsable.

En un breve análisis comparado me centraré en la obligación de evaluar la solvencia del cliente, comenzando por los Estados miembros de la Unión Europea para, posteriormente, analizar el marco regulatorio en algunos países extracomunitarios.

Entre los mecanismos principales de protección utilizados en otros ordenamientos europeos cabe destacar la especial incidencia en la necesidad de obtener información veraz para la adecuada evaluación de solvencia. Así, países como Francia, Grecia o Reino Unido han desarrollado tanto legislativamente como jurisprudencialmente las diversas vías por las que la entidad de crédito o el prestamista recopilará la información sobre el cliente que se requiere para una correcta evaluación de la solvencia de éste.

⁷ Artículo 20.1 Directiva 2014/17/UE.

⁸ Artículo 21.1 Directiva 2014/17/UE.

En primer lugar, destaca la legislación francesa⁹ que regula con detalle qué se entiende por «información suficiente». La legislación francesa se refiere a esta «información suficiente» como la necesaria para que el prestamista tenga un conocimiento claro, completo y verdadero del estado financiero de quien pide un crédito. Es decir, con la recopilación de esta información se pretende que el prestamista conceda crédito a personas y/o empresas que verdaderamente son solventes y con una capacidad de devolución del crédito efectiva y real. Puesto que no siempre se ha efectuado una correcta evaluación de la solvencia y se han concedido créditos y préstamos a personas no solventes, existe un relevante desarrollo jurisprudencial¹⁰ sobre la responsabilidad civil de la entidad financiera en los casos de concesión abusiva de crédito a empresas y personas con dificultades económicas que claramente era improbable que pudieran hacer frente a la devolución del dinero prestado. Así, numerosa jurisprudencia ha condenado a las entidades a indemnizar daños y perjuicios por haber concedido irresponsablemente créditos (es el concepto del *soutien abusif*¹¹). Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), Asunto C – 565/12, de 28 de marzo de 2014 interpreta la mencionada legislación francesa para determinar si infringe la Directiva ya que las sanciones que se imponen al prestamista que otorga crédito “culposamente” (porque no comprueba la solvencia del deudor, esto es su capacidad para devolver el crédito) consisten en que se le priva del derecho a cobrar intereses. Aunque según la *Cour de Cassation* el prestamista no pierde el derecho a cobrar el interés legal incrementado en cinco puntos por el período de tiempo en el que el prestatario haya estado en mora. El resultado a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, en un caso concreto, es que el prestamista tiene derecho a

⁹ Véase el Code de la consommation, Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (1), articles L. 311-8, L. 311-9, L. 311-10 et L. 311-16 y Décret n° 2011-1871 du 13 décembre 2011 relatif aux exigences minimales auxquelles doit répondre la formation mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 311-8 du code de la consommation.

¹⁰ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 11 février 2014, 12-26.683; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 janvier 2014, 12-26.156; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 janvier 2014, 12-27.703; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 17 décembre 2013, 12-21.391; Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 novembre 2013, 12-21.186; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 novembre 2013, 12-28.038; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 octobre 2013, 12-27.574; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 octobre 2013, 12-19.468; Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 octobre 2013, 12-21.603; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 17 septembre 2013, 12-21.871; etc.

¹¹ De la jurisprudencia citada se desprende que hay dos casos de *soutien abusif*, por una parte implica la concesión de un préstamo, a sabiendas, a un deudor cuya situación se ve comprometida irremediabilmente la fecha de acreditación, y por otra, cuando el acreedor profesional contribuyó a la quiebra de la entidad por una ruinosa política de créditos. En este último caso, la responsabilidad de la entidad de crédito se acepta si no está suficientemente informada de la situación financiera del deudor.

reclamar al consumidor que no le ha devuelto un crédito al consumo la cantidad prestada, los intereses estipulados y la cantidad superior que establezca la norma sancionadora. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la UE tiene en cuenta que, cuando el consumidor no devuelve el crédito y el banco procede a su reclamación judicial, el incumplimiento por parte del consumidor provoca el vencimiento anticipado del crédito y, en consecuencia y a partir de la sentencia, el pago de intereses legales incrementados sobre la cantidad a cuyo pago se ha condenado al consumidor. Esta obligación de devolver inmediatamente el principal más los intereses judiciales y los coercitivos (tras la condena sin que el consumidor proceda a su pago) reduce significativamente el efecto útil de la normativa que impone al prestamista la obligación de evaluar la solvencia del consumidor¹². Aunque también parece lógico pensar que si el cliente no ha podido pagar las cuotas en el plazo estimado, difícilmente podrá hacer frente a la devolución del principal y de los intereses judicial y coercitivos.

Por otra parte, Grecia ha diferenciado tres clases de «información suficiente»¹³ que las entidades deben recopilar para realizar una correcta evaluación de la solvencia, se trata de, siendo su regulación muy similar a la de España: la información proporcionada por el consumidor previa a la suscripción del contrato; la información que el prestamista ya posee del consumidor en virtud de operaciones anteriores; y la información obtenida de las bases de datos.

En Reino Unido se han determinado ciertas circunstancias que el prestamista deberá tener en consideración, en base al principio de proporcionalidad, para proceder a la evaluación de la solvencia. Estas circunstancias incluyen: el tipo de crédito que se ofrece; su cuantía; la situación financiera del prestatario; el historial crediticio de éste; sus obligaciones de pago presentes y futuras; el impacto de un potencial cambio de las circunstancias personales del cliente; y la vulnerabilidad del cliente al asumir obligaciones adicionales. En otros Estados como Alemania¹⁴, son los tribunales los que deciden cuándo se ha realizado una evaluación suficiente de la solvencia del consumidor y en otros como Austria o la República Checa se han elaborado guías para

¹² ALFARO AGUILA-REAL, J., “La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo”, 2014, accesible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (último acceso 29/04/2014).

¹³ De la situación en el ordenamiento griego da cuenta: DE LA PEÑA, L. Y LÓPEZ FRÍAS, J., “Crédito Responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *RDBB*, N° 130, Lex Nova, 2013, pp. 67 y 68.

¹⁴ Véase DE LA PEÑA, L. Y LÓPEZ FRÍAS, J., “Crédito Responsable...”, op. cit., p. 68

que sus entidades de crédito realicen una correcta evaluación de la solvencia del consumidor¹⁵.

Fuera de las fronteras de la UE, es destacable la Guía Regulatoria 209 de la Comisión Australiana de Valores e Inversiones¹⁶ que ha establecido las pautas que el prestamista debe observar a la hora de evaluar la situación financiera del consumidor en la solicitud de crédito. Entre ellas destacan las siguientes: sus ingresos; sus gastos fijos y variables; cualquier otra deuda pendiente con terceros; su historial crediticio; su edad y cargas familiares; y sus activos en propiedad.

Es notable que la mayoría de los Estados han decidido elaborar unas líneas básicas de actuación para sus entidades de crédito en lo referente a la evaluación de la solvencia de sus clientes. Sin embargo, es importante destacar que muchos de ellos las han elaborado con una profundidad mayor que nuestra legislación española, como puede ser el caso de Australia y Reino Unido¹⁷. Además, Estados como el griego no basan el análisis de la evaluación de la clientela únicamente en la información de bases de datos sino que amplían ese espectro a la información del cliente y a la información que se tiene sobre ese cliente de anteriores relaciones bancarias y financieras. Finalmente, destacar la legislación francesa y su gran relevancia a la hora de establecer la responsabilidad civil de la entidad de crédito por la concesión de crédito de manera irresponsable ya que en España todavía no se ha desarrollado con tanta exhaustividad dicha responsabilidad civil. Aunque a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 2014, parece que sea una regulación que genera dudas sobre su compatibilidad con las Directivas comunitarias. Por otra parte, parece que la decisión o no de que la evaluación de la solvencia quede en manos de los tribunales sería un obstáculo más a nuestro sistema judicial ya saturado, y en ocasiones de manera innecesaria.

¹⁵ Véase DE LA PEÑA, L. Y LÓPEZ FRÍAS, J., “Crédito Responsable...”, op. cit., p. 68

¹⁶ Véase Australian Securities and Investments Commission y DE LA PEÑA, L. Y LÓPEZ FRÍAS, J., “Crédito Responsable...”, op. cit., p. 70

¹⁷ The Financial Services (Banking Reform) Act 2013 (Transitional Provision) Order 2014 y The Financial Services (Banking Reform) Act 2013 (Commencement No. 1) Order 2014, y The Supreme Court Annual Report and Accounts 2012–2013.

3 LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA EN DERECHO ESPAÑOL

3.1 Antecedentes normativos

Con anterioridad a la transposición de la Directiva 2008/48/CE en el ordenamiento jurídico español, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ya hacía referencia, en su artículo 29, a la obligación de las entidades de crédito de evaluar, en la celebración de contratos de crédito con su clientela en general y con los consumidores en particular, no sólo la solvencia, sino también la conveniencia de estas operaciones para sus clientes. La LES trató de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria introduciendo en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que, a pesar de su relevancia en el debate internacional, aún resultaba ajeno a nuestro Derecho. Para ello, la LES estableció no sólo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes, sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas dirigidas a garantizar la concesión responsable de crédito por parte de estas entidades. Es a partir de 2011 con la LES cuando comienza a delimitarse en el ordenamiento jurídico español el concepto de «préstamo responsable».

Las sucesivas medidas tendentes a garantizar una concesión responsable de crédito, que se adoptan a raíz de la crisis económica, son la plasmación de ciertas obligaciones que las entidades prestamistas ya deberían haber estado cumpliendo de acuerdo a la legislación aplicable. Esta obligación ya se traslucía en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (de aplicación hasta la entrada en vigor de la Orden EHA 2899/2011), en la que se insistía en la idea de dotar de transparencia a la contratación de productos financieros y en la necesidad de procurar una adecuada información a la clientela de las entidades de crédito; la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios o la Circular 8/1990, del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela. Si bien, en ninguna de estas normas se hace mención específica a la obligación de evaluación de la solvencia, pudiendo concluir que la obligación de evaluar la solvencia es un procedimiento creado específicamente a raíz de la crisis bancaria de 2008. Sin embargo, las entidades de crédito ya debían tener en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno aplicables conforme a la

legislación vigente, y en especial, la relativa al mantenimiento de los límites de asunción de riesgos exigidos por la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Sin embargo, estas normas no estaban coordinadas entre sí y existía cierta inseguridad jurídica en la materia.

3.2 Regulación actual

El endeudamiento excesivo o sobreendeudamiento ha dado lugar a una de las novedades que ha introducido en nuestro ordenamiento la LES, que es la de la obligación de las entidades de crédito de evaluar la solvencia en profundidad en la celebración de contratos, especialmente la concesión de los créditos y préstamos, con su clientela en general y con los consumidores en particular, no sólo desde el punto de vista de la solvencia (lo que no es sino insistir en algo que estas entidades ya estaban obligadas a realizar, por cuanto es esencial para su negocio que los prestatarios devuelvan las cantidades recibidas), sino también de la conveniencia para sus clientes.

Por primera vez, nuestra legislación recoge la protección frente a lo que se ha venido a denominar préstamos predatorios e irrazonables o abusivos, es decir, préstamos que no se debieron haber concedido a la vista de los intereses y circunstancias personales del prestatario, que no sólo hacen referencia a su solvencia¹⁸.

En España, la LES no sólo ha supuesto un avance significativo en materia de transparencia bancaria, sino que, además, ha aportado un enfoque novedoso. Por un lado, ha plasmado normativamente el concepto de la responsabilidad en la concesión de préstamos a los consumidores por las entidades de crédito, estableciendo la obligación de éstas de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes, de acuerdo con un conjunto de criterios, prácticas y procedimientos; y, por otro, ha facultado al ministro de Economía y Hacienda para que apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito.

¹⁸ Conforme a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal tras su reforma en 2009, que traspuso la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales; dentro de la cláusula general, en la parte referida a consumidores o usuarios, podría existir falta de diligencia profesional cuando distorsione o pueda distorsionar significativamente el comportamiento económico del consumidor (art. 1) o cuando supongan engaño (art. 5), omisión engañosa (art. 7) o una práctica agresiva (art. 8), o se encuentren dentro de los supuestos del capítulo III de la Ley. En la práctica bancaria, no será fácil que pueda suponer un supuesto de competencia desleal, ya que debe afectar a la competencia.

La LES busca promover lo que se ha denominado como crédito responsable, aunque lo que realmente se busca es imponer a las entidades financieras una obligación de tutela de su cliente, y no tanto el deber de cumplir con lo que sería su propia *lex artis*. Además, para aquellos casos en que el cliente tenga la categoría de consumidor o usuario, se establece la obligación para las entidades de crédito de facilitar de manera accesible y a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que los consumidores puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular si los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales se ajustan a sus intereses, necesidades, y situación financiera. Pero lo cierto es que ni en la legislación vigente, ni en la de créditos hipotecarios, ni en la normativa sobre depósitos bancarios, se establece la obligación de evaluar los productos bancarios que se ofrecen a los consumidores según sus intereses y/o necesidades.

«Artículo 29 LES. Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros.

1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos

bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.

2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, podrán tener el contenido siguiente:

a) Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan:

1. Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo;

2. La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales;

3. La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia;

4. La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante;

5. La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor;

6. El respeto de las normas de protección de datos.

b) Normas sobre la prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión, en especial respecto a la contratación de depósitos y a las comunicaciones que permitan el seguimiento de las operaciones realizadas por dichos clientes.

c) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquélla refleje de forma explícita y

con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.»

De la LES se desprende que el ámbito de la prevención no es el del Derecho concursal, sino el de otras áreas jurídicas relacionadas con la publicidad comercial, el crédito al consumo, la venta a plazos o la actividad bancaria¹⁹. Por ello, el art. 48 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, habilita al Ministerio de Economía y Hacienda para determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con una antelación razonable al momento en que éstos asuman cualquier obligación contractual, con la finalidad de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos y evaluar si éstos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera, pero también con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva (y no sólo a los consumidores o usuarios).

Todas estas previsiones han sido desarrolladas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, que dedica el capítulo II del título III a las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. Esta Orden sistematiza y actualiza, atendiendo a las previsiones recogidas en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011; la normativa anterior, recogida en la Orden de 12 de diciembre de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Asimismo, pretende cumplir una triple finalidad: concentrar y sistematizar en un único texto la normativa básica de transparencia, para mejorar su claridad y su accesibilidad para el ciudadano; actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar y aumentar las obligaciones de transparencia y racionalizar la conducta de las entidades de crédito, y desarrollar los principios generales previstos en la LES en lo que se refiere al préstamo responsable. La evaluación de la solvencia se regula en el artículo 18.

¹⁹ Véase ZABALETA DÍAZ, M., «El concurso del consumidor», *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá* III, 2010, p. 317.

«Artículo 18 Orden EHA 2899/2011. Evaluación de la solvencia.

1. La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

2. Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades de crédito, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:

1. Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.

2. Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha ley orgánica y su normativa de desarrollo.

3. Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta la información a la que se refiere la letra anterior.

d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración

prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

3. En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

4. En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

5. En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.o del apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6. La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»

En ningún caso puede considerarse la Orden como un mero catálogo de buenas prácticas bancarias o normas dispositivas. Todo lo contrario, como establece la LES y la propia Orden (art. 14), tiene la condición de normativa imperativa de ordenación y disciplina y su incumplimiento es sancionable de acuerdo con lo previsto en la LDIEC.

Por otra parte, el Banco de España dictó la Circular 5/2012, de 27 de junio, dirigida a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, relativa a la transparencia en los servicios bancarios y la responsabilidad en la concesión de préstamos. La Circular 5/2012 tiene por objetivo promover la prudencia y la profesionalidad de las entidades en su actividad de concesión de préstamos, requiriéndoles unas políticas, unos procedimientos y unas prácticas concretas encaminadas a una mejor evaluación y toma

en consideración de la solvencia del deudor²⁰ y el incremento de la prudencia en la relación entre el importe del préstamo o crédito y el valor de la garantía²¹, obligando a evaluar la solvencia en cualquier caso, sin excepción. La Circular 5/2012 también establece la obligación de reevaluar la solvencia en las situaciones en que se produzca una renegociación de las condiciones del contrato o un incremento del importe total o del plazo de devolución del préstamo o crédito²², circunstancia que reitera la Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España²³.

También la nueva Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, recoge ahora obligaciones de asistencia previa al contrato (artículos 8 a 10, 12 y 13) y de evaluación de la solvencia del consumidor (artículos 11 y 14). Respecto de las obligaciones de información, se introduce mucho más detalle que el previsto en la normativa anteriormente en vigor, e incorpora un elemento que facilitará el cumplimiento de estas obligaciones a las entidades de crédito, pues establece que quedarán cumplidas cuando se entregue al consumidor la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que se recoge en el anexo II de la propia ley.

En lo relativo a la obligación de evaluación de la solvencia en los créditos al consumo, el artículo 14 de la LCCC establece que el prestamista, antes de la celebración del contrato, debe evaluar la solvencia del consumidor en base a una información suficiente. Esta información la podrá obtener tanto de la información que el propio consumidor le facilite como de la consulta de ficheros de solvencia patrimonial y de crédito. Si el prestamista es una entidad de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor también debe tener en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que le son aplicables según su legislación específica. En el caso de que las partes acuerden modificar el importe del crédito tras la celebración del contrato, el prestamista estará obligado a reevaluar la solvencia con la información financiera del consumidor actualizada en virtud de lo dispuesto por el artículo 14.2 LCCC.

²⁰ Preámbulo de la Circular 5/2012.

²¹ Anejo 6, punto 3 de la citada Circular.

²² Anejo 6, punto 10 de la citada Circular.

²³ BANCO DE ESPAÑA., *Guía de Acceso al préstamo hipotecario*, Banco de España, Madrid, 2013, pp. 56, accesible en <http://www.bde.es>

Añadir que, en la actualidad, vivimos en una era en la que la tecnología juega un papel fundamental, en el mercado de servicios financieros es técnicamente posible realizar *online* todas las fases del proceso de formalización y ejecución del contrato. El uso que hacen las distintas entidades de crédito de sus medios telemáticos y las posibilidades de contratación que ofrecen a sus clientes son muy variados. El denominador común se encuentra en el uso de las páginas web para transmitir su información comercial y precontractual, así como la posibilidad de ejecutar por Internet las distintas operaciones como la apertura de cuentas y depósitos o realización de transferencias.

En cambio, la posibilidad de obtener créditos o préstamos por vía telemática es aún muy reducida. Normalmente se ofrece publicidad e información y se contacta con el cliente *online*, pero la formalización del contrato se efectúa de forma presencial. Antes de que estallase la crisis, por vía telemática sólo se ofrecía la posibilidad de obtener créditos o préstamos de escasa cuantía, también denominados créditos rápidos en la época de bonanza económica. Sin embargo, en la actualidad la oferta de este tipo de operaciones se ha visto muy reducida, con motivo de la crisis financiera e inmobiliaria iniciada en 2007. En cualquier caso, la formalización de operaciones de volumen medio o alto ha quedado al margen de la vía telemática, en parte porque el análisis de la solvencia del cliente requiere la presentación de determinada documentación que no siempre se puede realizar en soporte informático, y en parte porque la participación de un notario cibernético no ha tenido, por el momento, el desarrollo técnico y legislativo adecuado²⁴.

²⁴ Véase MARIMÓN DURÁ, R., “La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi- Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 28 y 29.

III. FINALIDAD DEL DEBER DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

Con la imposición de este deber se persiguen varias finalidades: la protección de la clientela, el incremento de la competencia en el mercado de crédito bancario y la prevención de las crisis bancarias.

1. LA PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA

La práctica ha demostrado que en épocas de bonanza económica, en ocasiones se concedían créditos a consumidores que no gozaban de una adecuada solvencia. En muchos de estos casos no es extraño que el consumidor, en un determinado momento de la vigencia del contrato, no pueda hacer frente a sus obligaciones y deje de abonar las cuotas de amortización, con los grandes perjuicios que eso puede provocarle a él en particular y al sistema financiero en general. Con el fin de evitar situaciones de este tipo, se impone al prestamista la obligación de evaluar la solvencia del consumidor antes de que se celebre el contrato de crédito tanto por parte de la normativa comunitaria como por parte de la normativa española.

Nuestro ordenamiento jurídico parte de la premisa de que la parte más débil, necesitada de defensa y de protección legal en un contrato es el usuario o consumidor, por ello el legislador impone a las entidades prestamistas ciertas obligaciones de diligencia a la hora de conceder préstamos mediante la obligación de analizar tanto la capacidad del cliente de hacer frente a sus obligaciones como la conveniencia de la operación para él, siempre teniendo en cuenta que las entidades deberían actuar en el mejor interés del cliente, especialmente cuando se trata de operaciones con consumidores. Por este motivo, evaluar la solvencia y capacidad de reembolso del cliente que va a evitar su sobreendeudamiento, evitando impagos futuros o atrasos en el pago de las cuotas. Además, esta evaluación en los contratos hipotecarios evita que los impagos reiterados pueda llevar a la pérdida de la vivienda y a desahucios. En otro tipo de créditos, el impago de las cuotas establecidas también conlleva el embargo de los bienes y cuentas corrientes. Evaluar la solvencia de los clientes protege a los clientes de ser irresponsables y de pretender contratar créditos que no podrán hacer frente en el futuro y que les llevará a embargos y a la pérdida de sus bienes, siempre teniendo en cuenta el fin para el que el cliente pide el crédito.

2. EL INCREMENTO DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE CRÉDITO BANCARIO

Evaluar la solvencia de los clientes también va a permitir incrementar la competencia en el mercado del crédito bancario porque llevará a realizar ofertas en mejores condiciones según las circunstancias del cliente y con ello se ajustarán los créditos a las condiciones reales del mercado, pues a clientes con pocas probabilidades de impago de las cuotas se les podrá ofrecer un interés menor que a otros clientes con más probabilidades de impago que tendrán que soportar un sobrecargo en el interés del crédito y otros que no recibirán el crédito. Esto dará lugar a una menor morosidad bancaria y a que los clientes que reciban un crédito no tengan que soportar en el interés a pagar aquello que otros no han pagado, puesto que no se concederá crédito a clientes que no puedan hacer frente al pago. En otras palabras, como habrá clientes a los que las entidades de crédito por el resultado de la evaluación no les pueden conceder el crédito disminuirá la morosidad y no se dará aumento de los tipos de interés de préstamos a clientes que los procedimientos hayan determinado que sí que los pueden pagar. Estos ajustes en las diferentes entidades conllevará que haya una mayor competencia entre ellas, lo que favorecerá a los consumidores que podrán elegir entre una mayor variedad de condiciones ajustadas a sus necesidades personales.

3. LA PREVENCIÓN DE LAS CRISIS BANCARIAS

El legislador, consciente de la concesión irresponsable de crédito, ha querido regular esta materia con el doble objetivo de proteger tanto a las propias entidades prestamistas como a los prestatarios. Indirectamente, el legislador busca proteger, asimismo, a las propias Administraciones Públicas y, en último término, al contribuyente, puesto que, a raíz del proceso de reestructuración del sistema financiero que se está llevando a cabo en los últimos años, es este último el que finalmente paga, al menos en parte, las consecuencias de la inyección de capital público en las entidades de crédito con problemas de solvencia.

La obligación de evaluar la solvencia del cliente antes de concederle un crédito o un préstamo de cualquier tipo por parte de la entidad prestamista va a redundar en una mejora del sistema bancario en cuanto que se evitarán futuras crisis bancarias, al menos las relacionadas con este punto. Ello es así porque si la entidad prestamista evalúa

correctamente la solvencia del cliente, si bien esto implica que las entidades cumplan con sus obligaciones de recopilar la información necesaria que establece la ley y en el modo en que ésta lo establece, la entidad únicamente concederá créditos y/o préstamos a personas que efectiva y realmente tienen posibilidades de reintegrar el crédito y los intereses de éste a la entidad que se lo concedió.

Los contenidos y principios contenidos en la regulación normativa son reglas cuyo cumplimiento será susceptible de verificación por parte del Banco de España en el marco del proceso de supervisión prudencial de las entidades de crédito. Estos contenidos y principios han tenido fuentes de inspiración muy diversas, que, no obstante, comparten el objetivo de promover la prudencia y la profesionalidad de las entidades en su actividad de concesión de préstamos, requiriéndoles unas políticas, unos procedimientos y unas prácticas concretas encaminadas a una mejor evaluación y toma en consideración de la solvencia del deudor. Los principios, en directa aplicación de las enseñanzas obtenidas de las experiencias recientes, tratan de minimizar los riesgos que dicha actividad puede entrañar para las propias entidades y el sistema financiero en su conjunto, por un lado, y para la clientela, por otro.

IV. CONTRATOS BANCARIOS EN LOS QUE EXISTE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

1. LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITO

Tanto el artículo 29 LES como el artículo 18 de la Orden EHA 2899/2011 obligan a las entidades de crédito a evaluar la solvencia del potencial prestatario antes de la celebración de cualquier contrato de préstamo o crédito. En consecuencia, podemos deducir de estos preceptos que es obligatoria la evaluación de solvencia en cualquier contrato bancario de crédito, entendido este concepto en un sentido amplio.

Un contrato bancario es cualquier relación que se establece entre una entidad financiera y cualquiera de sus clientes por la que surgen una serie de obligaciones para las partes y que guarda relación con los productos y servicios ofrecidos por la entidad. El término contratos bancarios, en general, siempre se entiende referido a los establecidos entre la entidad financiera y su cliente como consecuencia de la actividad típica de dicha entidad y no al resto de contratos que suscribe un Banco o Caja de ahorros (así, no se considera contrato bancario el firmado por un Banco con un proveedor o un trabajador). Concretamente, un contrato bancario de crédito es aquel que implica la concesión de dinero o de facilidad de crédito por parte de la entidad financiera al cliente, que deberá devolverlo en la forma y fechas pactadas. Ejemplos típicos de contratos de activo son: el contrato de préstamo, el contrato de apertura de crédito, el descuento y el anticipo bancario, la concesión de avales, los contratos de tarjeta de crédito y los contratos de arrendamiento financiero o leasing. También otros contratos como el contrato de factoring pueden comportar la concesión de crédito.

El contrato de préstamo es aquel por el que la entidad financiera (prestamista) entrega al cliente (prestatario) una determinada cantidad de dinero estableciéndose contractualmente la forma en que habrá de restituirse el capital, y abonar los intereses remuneratorios, generalmente en unos vencimientos prefijados en el cuadro de amortización que acompaña al contrato. Se trata de un contrato real pues la entrega del dinero es un elemento esencial para que exista el contrato y, a partir de ese momento, se generan obligaciones para el prestatario. Entre las obligaciones del prestatario pueden citarse: pagar todos los gastos que pueda ocasionar la formalización del préstamo; abonar las comisiones devengadas por la operación; realizar las amortizaciones del

capital en los plazos convenidos; pagar los intereses remuneratorios del capital en los plazos convenidos, así como los posibles intereses de demora que puedan generarse por su retraso en la amortización. En cualquier caso, al término del plazo de la operación, el prestatario ha debido restituir la totalidad del nominal entregado, cantidad a la que se habrán sumado, lógicamente, los intereses y comisiones devengados.

En el ámbito bancario, el contrato de apertura de crédito es aquel a través del cual la entidad financiera se obliga a poner a disposición del cliente una cantidad de dinero pactada en unas determinadas condiciones y en un cierto plazo. El cliente o acreditado podrá disponer o no de la cantidad estipulada en contrato según sus necesidades financieras. En todo caso, sólo tendrá que pagar intereses por el crédito dispuesto y no por el total disponible.

El contrato de descuento bancario es aquel por el que una entidad de crédito anticipa a una persona el importe de un crédito pecuniario que ésta tiene contra un tercero, con deducción de un interés o porcentaje, y a cambio de la cesión del crédito mismo salvo buen fin. Se trata de un contrato de crédito y liquidez, que permite convertir un activo financiero (el crédito o la letra descontados) en un activo monetario. Aparte de puntuales referencias al contrato de descuento bancario en los artículos 177, 178 y 183 del Código de Comercio, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico carece de una específica regulación de este negocio jurídico, por lo que deberá estarse a lo pactado por las partes contratantes y, en lo no pactado, a las normas generales contenidas en el Código de Comercio, así como, por las reglas generales del Derecho común.

El contrato de tarjeta de crédito, es un contrato por el cual una empresa bancaria o una persona jurídica autorizada, concede una apertura de crédito, de tipo rotatorio, con una cuantía determinada, a favor de su cliente que puede ser una persona natural o jurídica, para que utilizando una tarjeta plástica singular, pueda adquirir bienes o servicios de las empresas o establecimientos afiliados, cuyos consumos serán cancelados al contado (a la vista) o a cierto plazo convenido.

Se entiende por arrendamiento financiero, el contrato mediante el cual el arrendador concede el uso y goce de determinados bienes, muebles e inmuebles, por un plazo de cumplimiento forzoso al arrendatario, obligándose éste último a pagar un canon de arrendamiento y otros costos establecidos por el arrendador. Al final del plazo

estipulado el arrendatario tendrá la opción de comprar el bien a un precio predefinido, devolverlo o prorrogar el plazo del contrato por periodos ulteriores.

2. CRÉDITO AL CONSUMO

El crédito al consumo es un contrato de crédito de especial relevancia en el que el deber de evaluación de solvencia se exige tanto por la LCCC como por el art. 18 Orden EHA/2899/2011. En los supuestos considerados contratos de crédito en la LCCC, la entidad está obligada a evaluar la solvencia del cliente, sobre la base de la información que éste le suministre y la consulta de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

La LCCC circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos de crédito al consumo, entendiendo por tales aquellos en los que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamos, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (art. 1.1). Se acoge así con un concepto amplio de crédito que engloba distintas modalidades explicadas en el apartado anterior.

Señala en su artículo 1.2 que no se considerarán contratos de crédito a los efectos de la Ley, y por lo tanto, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma, los que consistan en el suministro de bienes de un mismo tipo o en la prestación continuada de servicios, siempre que en el marco de aquellos asista al consumidor el derecho a pagar por tales bienes o servicios a plazos durante el período de su duración. Esta exclusión se justifica por el hecho de que, al prestarse el servicio o suministrarse el bien durante un período temporal, en el que el consumidor abona cuotas periódicas de modo simultáneo a la entrega de la cosa o prestación del servicio no existirá crédito sino que, al término del contrato, habrá pagado la totalidad del bien o servicio habiéndose producido una periodicidad en la facturación y pago. Es decir, es necesario para que exista crédito que el pago del precio sea posterior a la entrega de la cosa o prestación del servicio. Sin embargo, no está claro que en todos los casos en que el consumidor paga los plazos durante el tiempo en que recibe la prestación no exista concesión de crédito, pues puede ocurrir que los pagos efectuados no se correspondan en cada momento con las prestaciones recibidas o con el valor de los bienes o servicios que se han entregado²⁵.

²⁵ Véase ORDÁS ALONSO, M., *Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 53 y ss

También la Orden EHA/2899/2011 exige en su artículo 18 la realización de una evaluación de solvencia para cualesquiera contratos de préstamos, lo que incluye al crédito al consumo. Este artículo, relativo a la obligación de evaluación de la solvencia, dispone que la entidad de crédito deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la propia entidad. Este artículo 18 es de aplicación porque en el art. 33 de la propia Orden EHA/2899/2011 se hace expresamente una remisión de la regulación de este tipo de contratos a la LCCC, que expresamente dispone que es de aplicación la Orden EHA/2899/2011 en su artículo 18 en todo lo relativo a las obligaciones de evaluación de solvencia.

3. CRÉDITO HIPOTECARIO

Finalmente, el crédito hipotecario es uno de los contratos en que más relevante resulta la evaluación de solvencia. El préstamo hipotecario es un producto que permite al cliente o prestatario, recibir una determinada cantidad de dinero (el denominado capital del préstamo) de una entidad de crédito (prestamista), a cambio del compromiso de devolver dicha cantidad, junto con los intereses correspondientes, mediante pagos periódicos (las llamadas cuotas). La especialidad de este préstamo es que se garantiza precisamente con una hipoteca. La hipoteca es un derecho real por el cual un bien, normalmente inmueble, se afecta en garantía del cumplimiento de una determinada obligación, de modo que si ésta resulta impagada, el acreedor puede vender el bien y cobrar su deuda con el producto de dicha venta. Conviene precisar que la hipoteca es un derecho real de garantía, es decir, que “sigue al bien” sobre el que se constituye con independencia de que sea transmitido a un tercero. Al tratarse de una garantía, además, debe existir una obligación principal cuyo cumplimiento se persigue asegurar. La característica esencial de la hipoteca es que el bien permanece en posesión del deudor (o de la persona a la que lo haya transmitido). El ejemplo más claro es el de la persona que solicita un préstamo para comprar una casa e hipoteca la misma como garantía del préstamo: la casa continúa en posesión del comprador, que normalmente la habrá adquirido para vivir en ella. En la mayor parte de los casos, el bien hipotecado es un inmueble que tiene la consideración de vivienda. Finalmente, el beneficiario de la

hipoteca no puede, ante un incumplimiento, vender directamente el bien hipotecado, sino promover mediante el correspondiente juicio su subasta.

El crédito hipotecario se regula en la Orden EHA 2899/2011, concretamente en el capítulo II del Título III, mediante un conjunto de normas de carácter imperativo sobre las que no cabe acuerdo entre las partes para su inaplicación (art. 2.4 Orden). Por otro lado, el art. 19 de la Orden define el ámbito de aplicación de las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios como los servicios de préstamo celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recae sobre una vivienda o cuya finalidad es adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Es decir, en los créditos hipotecarios se exige expresamente la obligación de evaluación de solvencia, pero únicamente a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores personas físicas. Si bien, el deber de evaluación de solvencia no se limita a los préstamos hipotecarios, pues en el art. 18 de la Orden se recoge esta obligación para otro tipo de contratos anteriormente expuestos.

Por otra parte, los créditos o préstamos garantizados por hipoteca inmobiliaria también se regulan por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Esta disposición también establece que el consumidor debe proporcionar obligatoriamente cierta información antes de la celebración del contrato, aunque no obliga de forma expresa al prestamista a evaluar la solvencia del cliente. Es decir, aquellos contratos de préstamo hipotecario que hayan sido concedidos por establecimientos financieros de crédito u otras entidades que no tengan la consideración de entidad de crédito en sentido estricto, no están obligadas a evaluar la solvencia del consumidor al tener su regulación en la Ley 2/2009, que no impone la obligación de evaluación de la solvencia.

V. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DEBER DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

1. SUJETOS OBLIGADOS A EVALUAR LA SOLVENCIA

La determinación de los sujetos obligados a evaluar la solvencia no es tarea sencilla, pues el ámbito subjetivo de las normas que contienen tal deber varía notablemente de unas a otras. Conviene comenzar examinando, en primer lugar, la normativa comunitaria. En este aspecto, la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo es de aplicación a cualesquiera prestamistas tengan o no la condición de entidades de crédito, estando obligados a evaluar la solvencia del consumidor sobre la base de una información suficiente, basándose, cuando proceda, en la información recogida de las bases de datos²⁶. En consecuencia, resulta irrelevante si quien concede el préstamo ostenta o no la condición de entidad de crédito, e incluso si se trata de una persona física o jurídica, pues la propia Directiva en su artículo 3.b) define al prestamista como «persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional». El único requisito es que se trate de un prestamista profesional. Parte en igual sentido, la reciente Directiva 2014/17/UE al establecer que debe aplicarse a cualesquiera sujetos que concedan préstamos para la adquisición de vivienda con independencia de que sean personas físicas o jurídicas y de que estén o no autorizadas como entidades de crédito²⁷. No obstante, la Directiva no pretende afectar el derecho de los Estados miembros de limitar la posibilidad de adquisición de la condición de prestamista o intermediario de crédito únicamente a las personas jurídicas o a determinadas formas de personas jurídicas. Esto es, la Directiva no determina si los Estados miembros pueden decidir prohibir la concesión de préstamos para adquisición de vivienda a entidades que no sean de crédito. En lo que respecta a la evaluación de solvencia por parte de las entidades prestamistas que no son entidades bancarias, la Directiva comportará un cambio sustancial en nuestro

²⁶ Así lo dispone el artículo 8 de la Directiva 2008/48/CE. Además, el considerando 26 de la Directiva 2008/48/CE establece que «es importante que los prestamistas no concedan créditos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra. (...) los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor». Asimismo, insiste en la necesaria prudencia del consumidor en la suscripción de contratos de crédito al afirmar que los consumidores «deben actuar con prudencia y cumplir sus obligaciones contractuales».

²⁷ Así el artículo 4.2) define al prestamista como: «la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito incluido en el ámbito de aplicación definido en el artículo 3 en el ejercicio de su actividad comercial o profesional». Véase también el Considerando 10 Directiva 2014/17/UE.

ordenamiento, ya que cuando se transponga las entidades prestamistas que no ostenten la condición de entidades de crédito sí que estarán obligadas a realizar la evaluación de solvencia, evaluación que hoy no exige la Ley 2/2009. Es un hecho muy importante puesto que en la actualidad en España no están obligadas a realizar esta evaluación de solvencia y a partir de su transposición sí que lo estarán y, por tanto, estarán obligadas a denegar la concesión del crédito a aquellas personas que no superen la evaluación de solvencia.

En el Derecho español vigente, al analizar los sujetos obligados a evaluar la solvencia del consumidor, se deben distinguir dos escenarios: prestamistas que no son entidades de crédito y prestamistas que sí han sido autorizadas como entidades de crédito; pues el marco jurídico impone unas obligaciones de diligencia reforzadas a estas últimas. En este sentido, sólo tienen la consideración de entidades de crédito, las entidades mencionadas en el artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, a saber: Bancos, Cajas de ahorro y Cooperativas de crédito. Los Establecimientos Financieros de Crédito desde la modificación del RD Leg 1298/1986 por el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, no son entidades de crédito. A este respecto, señalar también que el ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011, la LCCC y la Ley 2/2009 no es el mismo. Así, la Ley 2/2009 y la LCCC sí que les es de aplicación a las entidades no crediticias, pero no la Orden EHA/2899/2011, únicamente aplicable a las entidades de crédito. La conclusión que se extrae es que las entidades no crediticias tienen que evaluar la solvencia en el crédito al consumo, pero no en el crédito hipotecario. Esto implica que existe una falta de conformidad con la Directiva 2014/17/UE, que obliga a evaluar la solvencia por cualquier tipo de prestamistas en los créditos garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial u otra garantía similar; por lo que en el plazo de transposición, que finaliza el 21 de marzo de 2016 (art. 42 Directiva 2014/17/UE) deberemos modificar nuestra regulación.

De vuelta a la normativa española, la LCCC es de aplicación a cualesquiera prestamistas tengan o no la condición de entidades de crédito, tal y como se establece en su artículo 2.2, estando obligados a evaluar la solvencia del consumidor sobre la base de

una información suficiente, basándose, cuando proceda, en la información recogida de las bases de datos por el artículo 14 LCCC, redactado en los mismos términos que la LES.

En lo que atañe a las entidades de crédito, se recoge que serán éstas quienes evalúen la solvencia de los clientes tanto en la LES como en la Orden EHA 2899/2011 y Circular 5/2012. Estableciendo el artículo 29 LES la específica obligación de las entidades de crédito de evaluar en la celebración de contratos, especialmente en la concesión de créditos y préstamos, pero no sólo la solvencia de sus clientes, sino también la conveniencia de los productos para éstos. La Circular 5/2012 desarrolla las disposiciones la Orden EHA/2899/2011. Por tanto, el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Circular 5/2012 también se circunscribe a los servicios bancarios dirigidos o prestados en España por las entidades de crédito.

Finalmente, destacar que la Ley 2/2009 está destinada a regular los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito, como por ejemplo los establecimientos financieros de crédito o personas físicas que se dediquen profesionalmente a la concesión de préstamos, y los servicios de intermediación del crédito. Esta ley únicamente establece como obligación de las empresas que no son entidades de crédito el cumplimiento de lo dispuesto en las condiciones previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Así pues, las entidades que no son de crédito no tienen la obligación legal de evaluar la solvencia previa concesión de un crédito o préstamo hipotecario conforme a lo dispuesto en la Ley 2/2009.

2. SUJETOS CUYA SOLVENCIA DEBE EVALUARSE

El artículo 29 de la LES establece el mandato de que los bancos han de dar crédito atendiendo a la solvencia del que lo recibe, refiriéndose no sólo a los consumidores o usuarios de servicios de crédito, sino a cualquier contraparte que solicita la obtención de un préstamo de una entidad de crédito, incluso cuando se trata de un empresario.

Uno de los aspectos más relevantes de la Orden EHA/2899/2011 reside en la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación. En su art. 2.1 establece que es de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de

entidades de crédito extranjeras, entendiendo por clientes y potenciales clientes a las personas físicas. Según este criterio de aplicación general, la Orden introduce dos aspectos a destacar: el destinatario de las normas de protección se define como persona física (art. 1) y este ámbito de aplicación subjetivo no coincide con la definición de consumidor ni del artículo 3 del TRLDCU ni del artículo 1 de la Ley 2/2009, pues ambas incluyen en el concepto de consumidor a las personas físicas y jurídicas²⁸. En consecuencia, la protección que dispensa esta Orden tiene efectos en relación con todos los clientes personas físicas, con independencia de que la contratación sea con fines personales, familiares o domésticos o tenga naturaleza empresarial o profesional. Siendo importante destacar que la Orden se dicta en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 29 LES, pero sus ámbitos de aplicación subjetiva varían, pues el artículo 29.1 LES no distingue entre persona física o jurídica, consumidor o no. Probablemente, el motivo que ha llevado al legislador a limitar el ámbito de protección a los clientes personas físicas es por entender que las personas físicas están más desprotegidas y son más vulnerables debido a su menor poder de negociación y a su, generalmente, inferior nivel de conocimientos financieros. Por este motivo, tanto el ámbito objetivo de la Orden EHA 2899/2011 y como el de la Circular 5/2012 se limita a aquellas operaciones en las que el prestamista suscribe un contrato de crédito con una persona física, que podrá ser profesional o consumidor, entendiéndose por este último aquella persona que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional²⁹.

En este punto la Circular 5/2012 es de aplicación también a clientes personas físicas, ya sean consumidores y/o que actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. En su Norma Segunda matiza que cuando el cliente persona física actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, éste y la entidad crediticia podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Circular. Sin embargo, las partes no podrán acordar la inaplicación total o parcial de las cuestiones referidas al cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), a los tipos de interés oficiales y a los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios. Así, mientras que en la Orden no cabe la renuncia en la totalidad de las normas de protección de los deudores

²⁸ Véase ROY PÉREZ, "El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013, pp. 152.

²⁹ Artículo 3.a) Directiva 2008/48/CE y artículo 2.1 de la LCCC.

de créditos hipotecarios incluso si se incluyen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, en la Circular el carácter imperativo sólo se mantiene respecto a las normas de transparencia e información contractual relativas a los tipos de interés e índices oficiales. Podemos concluir que no coincide el ámbito de aplicación de la Orden EHA 2899/2011 y la Circular 5/2012, pues la Orden define su ámbito subjetivo de aplicación en relación exclusivamente con las personas físicas y declara irrenunciable la totalidad de la normativa sobre créditos y préstamos hipotecarios, mientras que la Circular incluye comunidades de bienes y análogos³⁰ y sólo declara la irrenunciabilidad sobre unas específicas materias³¹.

Por otra parte, la obligación de evaluar la solvencia del cliente con el fin de asegurar la concesión responsable de crédito también está recogida en general en la LCCC, pero sólo para el consumidor persona física, tal y como dispone su artículo 2.1. Para delimitar correctamente el ámbito de aplicación subjetivo de esta Ley resulta relevante la distinción entre actos de la profesión, es decir, aquellos que caracterizan la actividad profesional considerada, y como tales se encuentran excluidos de la normativa protectora de los consumidores; y actos simplemente relativos a la actividad profesional, es decir, aquellos que no son actos de la actividad profesional misma, sino que sólo la permiten o favorecen y debieran estar sometidos al régimen de protección de consumidores, dado que el profesional se presupone profano y vulnerable. Por motivos de política legislativa tanto comunitaria como española, no se incluyen en el ámbito de aplicación de la regulación de protección del consumidor de crédito³².

Por otra parte, en todos aquellos supuestos en los que el adquirente pueda ser considerado consumidor y profesional al mismo tiempo hay que sopesar qué papel prepondera en el caso concreto y, en este sentido, atender al criterio fijado por la STJCE de 20 de enero de 2005 (Asunto Johann Gruber c. Bay Wa AG C-464/01) a la hora de interpretar el concepto de consumidor establecido en el Convenio de Bruselas de 1968. El criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece que un contrato con doble finalidad, es decir, aquellos contratos con un objeto en parte relacionado y en

³⁰ Norma Segunda de la Circular: «comunidades de bienes, como es el caso de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas», que los arts. 2 a 4 del TRLDCU ha considerado tradicionalmente como consumidores.

³¹ Referencias a tipos de interés e índices oficiales

³² SAP Murcia, de 26 de febrero de 2000 (AC 2000/93), SAP Gerona, de 24 de mayo de 2000 (AC 2000/2111) y SAP Toledo, Sección 2ª, de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/80910).

parte no relacionado con la actividad comercial de la persona; se considera celebrado con un consumidor si de los hechos objetivos no se demuestra de modo suficiente que se perseguía un objetivo profesional y que éste tenía un carácter significativo. De igual modo, la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, deja claro que la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, aunque después matiza en su considerando número 17 que en los casos de contratos con doble finalidad, habrá que ponderar el objeto comercial, si éste es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, la persona deberá ser considerada como consumidor y si el objeto comercial es predominante en la actividad profesional, la persona deberá ser considerada como profesional.

En cualquier caso, la normativa de consumo no extiende por igual la protección que el TRLGDCU dispensa a las personas físicas y jurídicas³³, puesto a que el ámbito de protección de cada ley es distinto la noción de consumidor acogida también es distinta, pues la Ley 2/2009 y el TRLDCU definen su ámbito de aplicación en función de la noción de consumidor que incluye a personas físicas y jurídicas; la Orden EHA/2899/2011 exclusivamente se aplica a las personas físicas y la Circular del Banco de España 5/2012, a las personas físicas y comunidades de bienes compuestas mayoritariamente por personas físicas.

En el ámbito de la reciente Directiva 2014/17/UE se entiende por consumidor a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor, por lo que el ámbito de aplicación es el mismo que el de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores. Si bien, la obligación de los Estados miembros de transponer las disposiciones de la Directiva 2014/17/UE se limita a los contratos de crédito celebrados con consumidores, es decir, con personas físicas que actúen al margen de su actividad comercial o empresarial o de su profesión. En este mismo sentido, los Estados miembros están obligados a transponer

³³ Véase ROY PÉREZ, C., "El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013, p. 155.

las disposiciones de la Directiva 2014/17/UE que regulan la actividad de quienes actúan como intermediarios de crédito, pero sin necesidad de ceñirse a los aspectos regulados por la Directiva, teniendo la posibilidad de ampliar estos aspectos hasta donde consideren necesario por sus concretas características como país.

VI. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

1. PROCEDIMIENTOS DE ESTUDIO Y CONCESIÓN DE CRÉDITO

La Orden EHA/2899/2011, al igual que la Directiva MiFID³⁴, refuerza la obligación de transparencia e información al cliente minorista acerca de las condiciones aplicables a los servicios financieros, así como la obligación de las entidades de crédito de evaluar la solvencia del cliente antes de concederle financiación. En la nueva normativa de protección de la clientela bancaria encontramos cierta similitud con la evaluación de la idoneidad y conveniencia que deben realizar las empresas de servicios de inversión a sus clientes a fin de garantizar que los instrumentos financieros y servicios de inversión contratados por aquellos se adecuen a su perfil inversor. Así, la Orden introduce, como importante novedad, la actividad de asesoramiento en materia bancaria, entendida como la prestación de recomendaciones personalizadas a clientes sobre productos bancarios disponibles en el mercado, equivalente a lo que sería el asesoramiento de inversión en la Directiva MiFID³⁵.

La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, debe evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. A estos efectos, las entidades deben contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia según establece el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 y la norma duodécima y anejo 6 de la Circular 5/2012.

³⁴ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y a las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

³⁵ Véase SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 10, 2012, pp. 288.

Estas normas también obligan a que los procedimientos sean revisados y actualizados periódicamente por las propias entidades, y que se ajusten a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que les resulte aplicable. Así, estos procedimientos deben contemplar los aspectos que pasamos a describir a continuación.

Por una parte, deberán incluir mecanismos para la adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente. También se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Además, se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral. Y por otra, será necesario que se prevea como se procederá a la valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrá en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

Como especialidad cabe reseñar que en el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable o en aquellos en que el valor de las cuotas pudiera variar, se debe valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta la información relativa a la situación patrimonial y financiera del cliente. Además, destacar que en el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración debe tener la garantía de que el procedimiento no estará viciado por conflictos de intereses que puedan menoscabar la calidad de la valoración. Por otra parte, en el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización se fundamentarán, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía. Finalmente, en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, se establece la imposición de evaluar la solvencia y capacidad de reembolso, no pudiendo ser sustituida por otros procedimientos.

En cualquiera de los casos, los criterios establecidos por las entidades deben ser aplicados homogéneamente y sin distinciones basadas en la condición del cliente.

Asimismo, se debe acudir también a la norma duodécima de la Circular 5/2012 que establece que las entidades, cuando ofrezcan y concedan préstamos o créditos a la clientela y, en su caso, presten servicios accesorios a éstos, deberán actuar honesta, imparcial y profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo. Además, las concretas políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos de las entidades de crédito deberán estar adecuadamente documentados y justificados, y ser aprobados por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente y deben integrar los principios generales que se mencionan en el anejo 6 de la Circular 5/2012. Estos principios generales se deben aplicar responsablemente por las entidades. Como contrapartida, para los clientes conllevan la obligación de facilitar información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito.

2. INFORMACIÓN EN QUE HA DE BASARSE LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

En cuanto a la información a utilizar en el análisis de solvencia, las entidades deberán tener en cuenta el historial crediticio del cliente, pudiendo acudir tanto a la Central de Información de Riesgos del Banco de España como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito previstos en el art. 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como cualquier otra documentación que pueda ser adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente, incluida la que pueda aportar él mismo.

En lo que respecta a la información en la que las entidades deben basarse para evaluar la solvencia, del artículo 18 de la Directiva 2014/17/UE se desprende que la evaluación de la solvencia debe basarse en la información sobre la situación financiera y económica del consumidor, incluidos sus ingresos y gastos. Dicha información puede obtenerse a partir de diversas fuentes, incluido el propio consumidor, y el prestamista debe comprobarla adecuadamente antes de la concesión del crédito.

2.1 Información proporcionada por el cliente

Nuestra normativa establece para los contratos bancarios de crédito e hipotecarios la obligación por parte del consumidor de informar verazmente entregando la documentación requerida a la entidad de crédito sobre sus circunstancias económicas y personales, habida cuenta de que, de no hacerlo así, ello podría redundar en la denegación del crédito que tratan de obtener, salvo si la información puede obtenerse a partir de otras fuentes. Ello es así porque la información correcta es necesaria para que la entidad analice el riesgo de la operación, antes de concederla. La Orden EHA/2899/2011 exige la adecuada evaluación de la solvencia del cliente mediante una valoración de su situación de empleo e ingresos, así como su situación patrimonial y financiera mediante la documentación solicitada al cliente, pudiendo acceder también a la Central de Información de Riesgos del Banco de España y a otros ficheros de solvencia patrimonial para conocer los préstamos ya concedidos o la situación laboral y nivel de ingresos del cliente (art. 18 Orden). Además, si se pacta, el cliente también se compromete a comunicar cambios de domicilio, estado civil, régimen económico del matrimonio y otras circunstancias personales y financieras. Sin embargo, en la actualidad el cliente no puede conocer previamente qué tipo de información debe aportar para que sea evaluado. Esta circunstancia cambiará cuando se trasponga la Directiva 2014/17/UE a nuestra normativa, la cual deberá recoger la obligación de que los consumidores sean informados de los datos que deben aportar de forma correcta y completa para que se les pueda evaluar adecuadamente su solvencia y que en caso de no hacerlo no se les podrá evaluar correctamente y como consecuencia se les denegará el crédito (art. 20.4 Directiva).

2.2 Ficheros de crédito y de solvencia patrimonial

Otra fuente de información, esencial para llevar a cabo la evaluación de solvencia, son los ficheros de crédito y de solvencia patrimonial y los ficheros de morosos o registros de impagados.

A) Concepto

Los ficheros de información sobre créditos y solvencia patrimonial son bases de datos en la que constan, prácticamente, todos los préstamos, créditos, avales y riesgos en general que las entidades financieras tienen con sus clientes a partir de 6.000 euros. Por otra parte, también existen los conocidos como ficheros de morosos o registro de impagados, son aquellos que recogen, con o sin el consentimiento de su titular, datos de

carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones dinerarias y que han sido facilitados por el acreedor. Es decir, son ficheros automatizados de datos que tienen como finalidad reflejar los incumplimientos de obligaciones dinerarias tanto de personas físicas como jurídicas al objeto de que las entidades crediticias puedan conocer y ponderar la situación de un potencial cliente que solicita determinada financiación.

La finalidad de estos ficheros es tratar de dar seguridad a un tráfico mercantil que, por volumen y velocidad, no permite efectuar investigaciones sobre la persona con la que se va a contratar y contribuir a mejorar la solvencia del sistema financiero.

B) Clasificación

El principal fichero de solvencia patrimonial y de crédito que existe en España es la Central de Información de Riesgos del Banco de España: la CIRBE es un servicio público que gestiona una base de datos en la que constan, prácticamente, todos los préstamos, créditos, avales y riesgos en general que las entidades financieras tienen con sus clientes a partir de 6.000 euros. Esta base de datos es la más completa y fiable que existe en estos momentos en España, puesto que las entidades declarantes (que, básicamente, son las entidades de crédito³⁶), están obligadas a proporcionar a la CIRBE los datos necesarios para identificar a las personas con quienes se mantengan, directa o indirectamente, riesgos de crédito, así como las características de dichas personas y riesgos, incluyendo, en particular, las que afecten al importe y la recuperabilidad de éstos. Entre estos datos se incluirán aquellos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante.

Sólo podrán obtener la información contenida en la base de datos las entidades declarantes, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda acceder de forma gratuita a toda la información que esté a su nombre en la CIRBE³⁷. Es más, en los contratos bancarios de crédito e hipotecarios, la entidad de crédito tiene el deber de consultar la CIRBE, para comprobar las deudas con entidades de crédito que figuran a nombre del cliente que está pidiendo la concesión de un crédito, pero será necesario que

³⁶ En virtud de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, tendrán la consideración de entidades declarantes a la CIRBE las siguientes: el Banco de España, las entidades de crédito españolas, las sucursales en España de las entidades de crédito extranjeras, los fondos de garantía de depósitos, las sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento, aquellas otras entidades que determine el Ministerio de Economía a propuesta del Banco de España.

³⁷ Norma primera de la Circular 3/1995, de 25 de septiembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Central de Información de Riesgos y art. 60 Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

previamente se informe al cliente de la consulta³⁸. Sin embargo, otros prestamistas que no tengan la consideración de entidades de crédito no podrán acceder a la información contenida en la base de datos de la CIRBE para proceder a la evaluación de la solvencia del cliente³⁹.

Pero además de consultar la CIRBE, las entidades de crédito y otros prestamistas también pueden consultar otras bases de datos con información sobre solvencia patrimonial e impagados. En España, existen varios ficheros de morosos. En primer lugar, destacamos ASNEF que es una base de datos de morosos que se nutre de la información aportada por sus propios socios, integrados, básicamente, por entidades financieras, entidades de telecomunicaciones, operadoras de servicios, editoriales y aseguradoras. El acceso a ASNEF proporciona una imagen de la situación del individuo ante su comportamiento de pago, permitiendo a los socios tener una herramienta para decidir sobre la concesión o no de un crédito, una línea telefónica, o cualquier producto financiero. También es frecuente la consulta al RAI o Registro de Aceptaciones Impagadas que gestiona el centro de cooperación interbancaria. Participan en él entidades de crédito, pero sólo recoge información acerca de deudas impagadas de personas jurídicas. Y finalmente, el EXPERIAN-BADEXCUG es un fichero común sectorial relativo al incumplimiento de obligaciones dinerarias, tanto de personas físicas como jurídicas. Exclusivamente podrán participar en este fichero entidades que sean entidades de crédito que estén obligadas a declarar a la CIRBE y operadoras de telecomunicaciones que figuren en el Registro de Operadores dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En estos últimos ficheros se restringe el acceso a la información, que sólo será accesible para las entidades participantes, que serán, generalmente, entidades de crédito y grandes empresas de servicios.

C) Los ficheros de solvencia y la protección de datos

La entidad prestamista deberá recabar la información suficiente acerca de la solvencia del cliente con anterioridad a la celebración del contrato de préstamo y cuando se acuerde modificar significativamente el importe total del crédito tras la celebración del

³⁸ Norma novena de la Circular 3/1995, de 25 de septiembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Central de Información de Riesgos.

³⁹ Arts. 62 y 63 Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

contrato. Esta información suficiente podrá ser recogida de dos formas, que son acumulables: con la información que facilite el propio cliente y con la consulta de las bases de datos de solvencia patrimonial y crédito a que se refiere el artículo 29 LOPD y los artículos 37 y siguientes del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

En este segundo supuesto nuestro ordenamiento jurídico impone ciertas limitaciones en cuanto al tratamiento de esta tipología de dato de carácter personal, pues los ficheros en los que se almacenan estos datos personales requieren la aplicación de criterios específicos, pues su peculiaridad en este caso consiste en que se trata de datos desfavorables del interesado. En el momento en el que los datos relativos a personas físicas se introducen en un registro y son tratados de forma automatizada, entran dentro del ámbito de aplicación de la LOPD así como en la esfera de control de la Agencia de Protección de Datos.

La LOPD regula en los artículos 5, 14, 15 y 16 el derecho de información en la recogida de datos, el derecho a consultar el Registro de Protección de Datos, el derecho al acceso a la información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento y el derecho de rectificación de datos inexactos o incompletos. En lo que atañe a este trabajo, la Ley dedica el artículo 29 a lo que denomina prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, precepto del que se desprende que quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y el crédito, sólo pueden tratar datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público, procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento, o relativas al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúa por su cuenta o interés. En estos casos debe notificarse al interesado respecto de quien se hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de 30 días, una referencia de los que hayan sido incluidos y de su derecho a recabar información de todos ellos (art. 29.1 y 2 LOPD); cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento debe comunicarle los datos así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre los mismos hayan sido comunicadas en los últimos 6 meses y el nombre y entidad a la que se hayan revelado los datos (art. 29.3 LOPD), que deben ser veraces y en ningún caso deben tener una antigüedad superior a 6 años cuando sean adversos (art. 29.4 LOPD). Por su

parte el artículo 19 LOPD, fundamental en la materia que nos ocupa, reconoce al interesado el derecho a ser indemnizado cuando sufra daño o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de la Ley por el responsable o encargado del tratamiento. En todo caso, hay que partir de la premisa de que los datos registrados y divulgados deben ser exactos y puestos al día de forma que respondan a la situación actual del afectado, y si resultan ser inexactos, deben ser rectificados, cancelados o sustituidos de oficio sin perjuicio del derecho de rectificación reconocido en el artículo 16 LOPD, así como cuando hayan dejado de ser necesarios (artículo 4 LOPD).

A nivel reglamentario, el RD 1720/2007 de 21 de diciembre aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD y deroga a su vez el RD 1332/1994, de 20 junio por el que se desarrollaron determinados aspectos de la LO 5/1992, de 29 octubre de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y el RD 994/1999, de 11 junio por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados de datos de carácter personal. En su artículo 38 se especifican los requisitos para la inclusión de los datos indicando en el apartado 1.º que sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos: la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible. Además, de que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico. Y finalmente exige un requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

Por otro lado, es sumamente interesante la Instrucción núm. 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos relativa a la Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito, que aunque se dictó bajo la vigencia de la LO 5/1992 para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la Ley en virtud de la facultad conferida a la Agencia de Protección de Datos por el artículo 36 de la misma, continúa en vigor, y lo cierto es que dicha Instrucción es frecuentemente citada en las

numerosas sentencias dictadas en la materia⁴⁰.

De acuerdo con la norma primera de dicha Instrucción, la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a los que se refiere el artículo 28 LO 5/1992 (hoy artículo 29 LOPD, debe efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos: la existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada y un requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación. Además, añade que no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores, y dicha circunstancia determinará igualmente la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero; por otro lado, establece la Instrucción que el acreedor o quien actúe por su cuenta e interés debe asegurarse que concurren todos los citados requisitos en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común; así mismo sienta la obligación del acreedor o quien actúe por su cuenta al responsable del fichero común de comunicar el dato inexistente o inexacto, con el fin de obtener su cancelación o modificación, en el mínimo tiempo posible, y en todo caso en una semana.

En suma, la mencionada Instrucción y la propia LOPD descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud, y en cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza.

En todo el proceso de tratamiento de los datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito, el deudor debe estar siempre oportunamente informado. A este

⁴⁰ STS 8213/2011, de 30 de noviembre de 2011; STS 2638/2012, de 9 de abril de 2012; STS 545/2013, de 29 de enero de 2013; STS 1715/2013, de 6 de marzo de 2013 y STS 3016/2013, de 18 de abril de 2013.

respecto, el acreedor deberá informar al deudor de que, en caso de impago de la deuda, sus datos podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, y, a su vez, los responsables de estos ficheros comunes, cuando se hayan registrado los datos personales del deudor, deberán informar a éste, en los 30 días siguientes a su registro, de la inclusión de los mencionados datos en el fichero.

Analizando el artículo 42 del Reglamento, en el cual queda establecido el régimen de consulta de los datos contenidos en los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito⁴¹. De manera general, únicamente podrán consultar estos datos aquellos terceros (las entidades prestamistas en nuestro caso) que necesiten evaluar la solvencia económica del afectado. Así, entrarían dentro de esta regla general los supuestos en los que:

- (i) El afectado mantenga algún tipo de vínculo contractual no vencido con el tercero.
- (ii) El afectado esté interesado en celebrar con el tercero un contrato que suponga el pago aplazado del precio.
- (iii) El afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.

La obligación de la evaluación de la solvencia del cliente en el marco de la concesión de créditos o préstamos encaja en el supuesto (ii) anterior, por lo que las entidades prestamistas podrán consultar estos datos de carácter personal de los clientes. Asimismo, la consulta de las bases de datos cuando se pretende modificar significativamente el importe del crédito se puede enmarcar en el supuesto (i) anterior, pues se trata de un supuesto en el que el afectado mantiene con el tercero un vínculo contractual aún no vencido.

Sin perjuicio de la obligación de informar por escrito a las personas en las que concurran los supuestos contemplados en supuestos (ii) y (iii) de su derecho a consultar el fichero (artículo 42.2 del Reglamento), de acuerdo a lo establecido en la Directiva

⁴¹ La Directiva 2008/48/CE regula de manera específica en su artículo 9 el acceso a las bases de datos. Al respecto se establece que cada Estado miembro deberá garantizar que los prestamistas de los demás Estados miembros tengan acceso a las bases de datos que se utilizan en su territorio, para poder evaluar la solvencia de un consumidor que solicita un crédito al consumo en un país distinto al suyo, prohibiéndose que las condiciones de acceso a las bases de datos de los otros países sean discriminatorias.

2008/48/CE y en la LCCC en relación con el crédito al consumo, cuando la decisión de denegar una solicitud de crédito se fundamente en la consulta de una base de datos, el prestamista debe informar de ello al consumidor, así como de los pormenores de la base de datos consultada.

La intención del legislador al imponer estas obligaciones de diligencia era proteger tanto al cliente como a las propias entidades prestamistas. Si bien, el régimen de acceso a las bases de datos demuestra que se está dando un trato de favor a ciertas entidades, pues, en tanto en cuanto sean entidades participantes de los ficheros correspondientes, tendrán acceso a la información que en ellos se contiene, mientras que otros prestamistas no podrán llegar a esa información. Sin embargo, la Directiva 2014/17/UE dispone que a la hora de evaluar la solvencia, es preciso que los prestamistas puedan consultar la base de datos de crédito durante la vigencia del crédito, únicamente para determinar y calibrar la probabilidad de impago. Dicha consulta debe ser objeto de las salvaguardias adecuadas a fin de garantizar que se utilice para la determinación y resolución tempranas de las crisis de crédito en beneficio del consumidor, y no para sustentar la negociación comercial. De manera acorde con lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, antes de consultar una base de datos de crédito, los prestamistas deben informar de ello al consumidor, el cual debe poder acceder a la información que dicha base de datos contenga sobre él, al objeto, en su caso, de rectificar o suprimir los datos personales tratados en la misma y que le conciernan o de bloquear el acceso a tales datos, si estos son inexactos o han sido tratados ilícitamente.

A fin de evitar toda distorsión de la competencia entre prestamistas, debe garantizarse el acceso de todos ellos incluidas las entidades de crédito y las entidades no crediticias que otorguen contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, a todas las bases de datos de crédito públicas y privadas relativas a los consumidores, en condiciones no discriminatorias. Entre tales condiciones no debe figurar, por tanto, la exigencia de que el prestamista esté constituido como entidad de crédito (art. 21.2 Directiva 2014/17/UE). Si bien, seguirán siendo de aplicación las condiciones de acceso en lo que respecta, por ejemplo, a los costes de acceso o al requisito de reciprocidad en la alimentación de la base de datos y los Estados miembros decidirán discrecionalmente si se permitir también el acceso de los intermediarios de crédito a estas bases de datos en

su territorio.

3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SOLVENCIA

La Directiva 2014/17/UE define la evaluación de la solvencia como la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito.

El artículo 29 LES bajo la rúbrica «*responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios financieros*» establece la obligación de evaluar la solvencia por parte de las entidades de crédito sobre una base de información suficiente. Sin perjuicio de la libertad de contratación⁴², principio que debe presidir todas las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela (art. 29.2 LES) y que se reitera en el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011, en donde se aclara que la evaluación de la solvencia en ningún caso afectará a la validez y eficacia del contrato, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.

Por su parte, el anejo 6 de la Circular incide en que el principio de proporcionalidad se debe aplicar en las políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de créditos o préstamos a la clientela, con especial atención a las características de la operación, su importe, complejidad, relevancia para el cliente y el grado de conocimiento de éste sobre la operación. Los principios generales que deben adoptar las entidades de crédito en la concesión de préstamos y que están recogidos en el anejo 6 de la Circular 5/2012 se pueden resumir en los siguientes:

- (i) Unos criterios de concesión de operaciones, así como de cuantía máxima de éstas, que estén vinculados con la capacidad del prestatario para cumplir, en tiempo y forma, con las obligaciones financieras asumidas.
- (ii) Unos métodos de fijación de planes de pago realistas respecto de la financiación concedida, con vencimientos usualmente periódicos y relacionados con las fuentes primarias de generación de ingresos del prestatario.
- (iii) Una política de concesión de préstamos que establezca, cuando se disponga de

⁴² Véase DÍAZ RUIZ, E., “Crédito bancario responsable”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 227.

garantías reales, una prudente relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía, sin tener en cuenta, especialmente en el caso de inmuebles, potenciales revalorizaciones de ésta.

(iv) Una política de oferta y comercialización de operaciones que tome en consideración la situación personal y financiera, así como las necesidades e intereses de los clientes, evitando técnicas de venta que ocasionen que éstos puedan llegar a suscribir préstamos o créditos que no se adapten a sus deseos o necesidades.

(v) Adecuados procedimientos de gestión y valoración de garantías, especialmente en caso de garantías inmobiliarias.

(vi) En el supuesto de concesión de préstamos o créditos en moneda extranjera, unos protocolos de información adecuada sobre los riesgos que éstos suponen para el cliente.

(vii) Una política responsable de inclusión de cláusulas de cobertura de riesgo de tipo de interés.

(viii) Unas reglas que definan las circunstancias y situaciones en las que la entidad permitiría, en su caso y excepcionalmente, operaciones de préstamo o crédito en condiciones fuera de los límites y condiciones generales aprobados.

(ix) Una política para informar al cliente de las posibles consecuencias sobre su patrimonio en caso de impago.

(x) Una política de renegociación de deudas aprobada por el máximo órgano de gobierno⁴³.

(xi) Una política de información al cliente sobre los costes vinculados a los servicios asociados al préstamo o crédito.

Los principios generales recogidos en el anejo 6 de la Circular 5/2012 habrán de ser aplicados por las entidades de crédito y entendidos por sus clientes de manera responsable, de modo que incumbe a los clientes el facilitar a las entidades de crédito

⁴³ De La Peña y López Frías opinan que esto debe darse al menos en aquellas situaciones en las que la renegociación de las condiciones del contrato implique un incremento significativo del importe total o del plazo de devolución del préstamo o crédito, o en las que la depreciación de la garantía lo haga aconsejable, la entidad de crédito deberá reevaluar la solvencia del cliente, al igual que lo que establece la LCCC.

una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito, correspondiendo a las entidades de crédito el informar apropiadamente a sus clientes sobre las características de aquellos de sus productos que se adecuen a lo solicitado, de modo que les permita la necesaria reflexión, comparación y adopción de una decisión fundada, racional y prudente.

En otras palabras, cuando se vaya a conceder crédito a un cliente bancario, en primer lugar, resultará fundamental que la capacidad y proclividad del consumidor de saldar el crédito se evalúe y verifique con anterioridad a la celebración de este contrato de crédito. Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este.

La Directiva 2014/17/UE reitera que la solvencia vendrá determinada por la capacidad de reembolso del cliente y no por las garantías de cobro por parte de la entidad prestamista. En particular, la solvencia vendrá determinada por la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio y también por otra parte, la inestabilidad del mercado de empleo. Por lo tanto, España no deberá realizar ningún cambio en su normativa a este respecto, pues como he explicado anteriormente, la normativa española ya evalúa la solvencia en función de la capacidad de reembolso.

En los créditos hipotecarios, el valor del bien inmueble es un elemento importante para determinar la cuantía del crédito que puede concederse a un consumidor al amparo de un contrato de crédito garantizado, pero la evaluación de la solvencia debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. Por lo tanto, que el valor del bien inmueble rebase el importe del crédito no

debe constituir un impedimento a la concesión del crédito. No obstante, la Directiva 2014/17/UE dispone en su considerando 55 que los Estados miembros puedan establecer otros criterios y métodos adicionales aplicables a la evaluación de la solvencia de un consumidor, fijando, por ejemplo, límites al ratio préstamo-valor o al ratio préstamo-ingresos, con el propósito de propiciar la aplicación de los principios definidos por el Consejo de Estabilidad Financiera sobre prácticas responsables en la suscripción de hipotecas sobre viviendas.

La Directiva 2014/17/UE en su considerando 56 también cree necesarias disposiciones específicas para los distintos elementos a tomar en consideración en la evaluación de solvencia en relación con ciertos tipos de contrato de crédito. Por ejemplo, en lo que respecta a los contratos de crédito destinados a la adquisición de un bien inmueble que dispongan expresamente que dicho bien no va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de lugar de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia (contratos de compra para alquiler), se podrá especificar que los futuros ingresos por alquiler se tendrán en cuenta para evaluar la capacidad del consumidor de reembolsar el crédito. En nuestra normativa no se establece esta especificación, por lo que cuando traspongamos la Directiva se deberá establecer si los prestamistas pueden decidir incluir una evaluación prudente de los futuros ingresos por alquiler.

4. RESULTADO DE LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

Tras realizar los procedimientos requeridos y establecidos para evaluar la capacidad de solvencia del cliente, el resultado será positivo o negativo. En cualquier caso, la decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia.

4.1 El resultado de la evaluación es positivo

Si los resultados de evaluar la solvencia según se ha indicado anteriormente, el prestamista podrá conceder el crédito o préstamos solicitado y según lo estipulado. No obstante, el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito. Así por ejemplo, podría no concederlo si ha tenido relaciones previas insatisfactorias con ese cliente.

Es oportuno manifestar en este apartado que en el ámbito comunitario, la Directiva

2014/17/UE prevé en su considerando 58 que, sin perjuicio del Derecho contractual privado, los Estados miembros deben garantizar que los prestamistas no puedan rescindir un contrato de crédito por el hecho de haberse percatado, con posterioridad a la firma del contrato, de que la evaluación de la solvencia se llevó a cabo de forma incorrecta debido a la falta de información completa en el momento de la evaluación de la solvencia. No obstante, sí que se permite a los prestamistas rescindir el contrato de crédito en caso de que se determine que el consumidor proporcionó deliberadamente información inexacta o falsa en el momento de la evaluación de la solvencia o que de manera intencionada no facilitó información que hubiera conducido a una evaluación negativa de la solvencia. Lo que es más, la Directiva 2014/17/UE permite la imposición de sanciones para casos específicos en los que los consumidores, deliberadamente, faciliten información incompleta o incorrecta con el fin de que la evaluación de su solvencia sea positiva, en particular en caso de que la información completa y correcta hubiera dado como resultado una evaluación negativa, y no puedan posteriormente satisfacer las condiciones del contrato. Si bien no es adecuado aplicar sanciones a los consumidores por el hecho de que no puedan facilitar determinada información o determinadas valoraciones o de que decidan interrumpir el proceso de solicitud de un crédito. En cualquier caso, el artículo 20.4 de la Directiva 2014/17/UE establece que el prestamista, el intermediario de crédito o la persona competente deberá advertir al consumidor de que si el prestamista o el intermediario de crédito no pueden llevar a cabo la evaluación de la solvencia porque el consumidor no ha querido facilitar la información requerida y necesario para llevar a cabo esa evaluación, el crédito no podrá concederse.

4.2 El resultado de la evaluación es negativo

Si la entidad de crédito rechaza la concesión de un crédito o préstamo con fundamento en los datos de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito antes referidos, deberá informar al cliente del resultado de dicha consulta y de los motivos de denegación de forma gratuita en virtud del art. 18.5 Orden EHA/2899/2011. A este respecto, la Directiva 2014/17/UE en su considerando 61 también dispone que cuando la decisión de denegar una solicitud de crédito se fundamente en datos obtenidos de la consulta de una base de datos, o en la ausencia de datos en la misma, el prestamista debe informar de ello al consumidor y comunicarle el nombre de la base de datos consultada y cualquier otro dato exigido por la Directiva 95/46/CE, de modo que el consumidor

pueda ejercer su derecho de acceso y, si está justificado, de rectificación, supresión o bloqueo de los datos personales tratados en la misma y que le conciernan. Es importante que, si la decisión de denegar una solicitud de crédito se deriva de una evaluación de solvencia negativa, el prestamista informe sin demora al consumidor de la denegación. Aunque no será necesario facilitar explicaciones complementarias no se deberá facilitar dicha información cuando ello sea contrario a objetivos de orden público o de seguridad pública, como son la prevención, investigación, detección y represión de delitos penales.

Además, si se llegara a la conclusión de que el cliente no va a poder hacer frente a sus obligaciones a la vista de su situación financiera considerada en su conjunto, o que la operación no fuera adecuada para él, debe abstenerse la entidad de crédito de celebrar el contrato con ese cliente concreto. Por otra parte, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo⁴⁴. Así, las autoridades competentes llevarán a cabo las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia.

En cualquiera de los casos, el último apartado del art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 recoge una cláusula de exención de responsabilidad, pues establece que la evaluación de la solvencia debe realizarse sin perjuicio de la libertad de contratación que preside las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, que en ningún caso debe afectar a su plena validez y eficacia, ni implicar el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.

⁴⁴ Considerando 57 de la Directiva 2014/17/UE.

VII. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

1. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La infracción del deber de evaluación de solvencia constituye una infracción administrativa castigada con concretas sanciones administrativas, esencialmente multas, pudiendo imponerse también sanciones penales.

El ámbito del régimen sancionador de la Orden EHA/2899/2011 se encuentra regulado en su artículo 14. En él se establece una remisión a la LDIEC, a la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y al TRLGDCU, en los casos en los que la misma les resulte de aplicación. Es decir, hay una ausencia de regulación específica sobre el régimen sancionador en la LES, la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012.

Ante las infracciones de la LCCC, el artículo 34 establece que el régimen sancionador aplicable a las entidades no crediticias es el previsto en el TRLGDCU para infracciones en materia de consumo. Concretamente, el incumplimiento de la evaluación de solvencia al consumidor se considera una infracción muy grave atendiendo a los criterios del art. 50 TRLGDCU⁴⁵. Así, la sanción para infracciones muy graves es una multa de entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción. Además, la Administración pública competente podrá acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años. Este régimen sancionador se entiende sin perjuicio de la aplicación de cualquier otra norma sancionadora que pudiera resultar aplicable en atención a la naturaleza de la infracción, como las contenidas en el TRLDGPU sobre condiciones generales y cláusulas abusivas al ser normativa aplicable a la protección de los consumidores.

En virtud del apartado segundo del artículo 34 LCCC, en el caso de que sea una entidad de crédito la que incumpla la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, siempre que no tenga carácter ocasional o aislado, también será sancionada como infracción grave de acuerdo con lo previsto en la LDIEC. Sin perjuicio de la sanción

⁴⁵ Se atenderá a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia.

que puede ser impuesta a quienes, ejerciendo cargos de administración, de hecho o de derecho, sean responsables de la infracción, la sanción aparejada a las infracciones graves prevista en la LDIEC consistirá en la imposición de una o más de las siguientes:

- (i) Multa por importe de hasta el medio por ciento de sus recursos propios, o hasta 500.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra.
- (ii) Amonestación pública con publicación en el BOE.

El régimen sancionador puede incentivar a las entidades financieras al cumplimiento de sus obligaciones legales, pero ciertamente no compensa al consumidor que contrató con las mismas del perjuicio sufrido⁴⁶.

La Directiva 2014/17/UE en su artículo 38 no establece directamente sanciones administrativas sino que remite a los diferentes ordenamientos nacionales, para que sean éstos quienes determinen las sanciones y el motivo de éstas así como su cuantía.

2. CONSECUENCIAS DE NATURALEZA JURÍDICO-PRIVADA

La normativa de disciplina de la actividad bancaria está destinada fundamentalmente a imponer obligaciones de carácter administrativo a los operadores de los mercados financieros, pero también contribuyen a la protección del cliente bancario. Mientras la actividad bancaria se somete a normas de supervisión administrativa que disciplinan el ejercicio de su actividad empresarial, la contratación bancaria, en ausencia de un cuerpo normativo que regule el «Derecho bancario», se rige por la libertad de contratación y, por lo tanto, cualquier limitación debe interpretarse en los términos de la legislación de protección del consumidor. Este argumento se basa en la Exposición de Motivos de la LDIEC, pues dispone la refundición y generalización de las normas en beneficio de la transparencia de las entidades y de la protección de los intereses de su clientela y en el art. 48.2 que faculta al Ministro de Economía y Hacienda a adoptar determinadas medidas con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito sin perjuicio de la libertad de contratación. Es decir, la normativa de transparencia tiene un efecto directo en la contratación de las partes, hecho que se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia. Es el caso de la SAP de

⁴⁶ Véase SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., Y JORDÁ GARCÍA, R., “Ejecución hipotecaria: impotencia del consumidor”, *Revista Jurídica Región de Murcia*, nº 46, 2013, p. 13.

Asturias (Secc.6ª) de 7 de mayo de 2012 (AC 2012, 1002) que dispone *«el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es tanto lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible»* o el de la SAP de Madrid (Secc. 13ª) de 14 de febrero de 2012 (JUR 2012, 126947) en relación al incumplimiento de la normativa administrativa que tiene *«sustancial transcendencia para determinar si el cliente pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones»*.

En lo que respecta a la consecuencia jurídica derivada de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de evaluar la solvencia del cliente es de capital importancia, pues actualmente se discute si pueden ser resueltos los contratos cuando resultan no ser adecuados o convenientes para los clientes⁴⁷. La normativa es clara en cuanto que el último párrafo del número 2 del artículo 29 de la LES, el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011 y el segundo párrafo del punto tercero de la norma duodécima de la Circular 5/2012, establecen que la evaluación de la solvencia se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela. Por tanto, de esta previsión se desprende que la obligación de evaluar la solvencia del cliente y la conveniencia de la operación para él no implica el traslado a las entidades de crédito de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes ni la exención de responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que contractualmente hubieran asumido⁴⁸.

Desde el punto de vista de la finalidad de la norma, los artículos mencionados en el párrafo anterior confirman que las normas de crédito responsable no pretenden crear derechos individuales que sean parte integrante de los contratos y cuyo incumplimiento pueda ser alegado por parte del cliente para resolver el contrato en base al artículo 1124 del Código Civil, sino que son unos principios generales a los que se tienen que ajustar

⁴⁷ Esta discusión se suscita a raíz de la oleada de demandas que se están presentando contra las entidades de crédito en el marco de la comercialización de participaciones preferentes y los contratos de *swap* celebrados para la cobertura de oscilación de tipos de interés en préstamos hipotecarios. En la actualidad se puede comprobar que muchas de estas demandas están prosperando en base a las alegaciones de error en el consentimiento por parte de los inversores en el caso de las participaciones preferentes.

⁴⁸ Véase DE LA PEÑA y LÓPEZ FRÍAS., “Crédito Responsable...”, op. cit. p. 64.

las entidades prestamistas a la hora de conceder préstamos, y cuyo cumplimiento está sujeto a verificación por parte del Banco de España en el caso de las entidades de crédito. Son normas prudenciales que pretenden evitar los conflictos de interés de las entidades a la hora de colocar sus productos financieros a sus clientes de forma inadecuada y reducir la asimetría de información que existe generalmente entre la entidad prestamista profesional y el cliente persona física.

Por tanto, incluso en los supuestos en los que la evaluación de la solvencia no se hubiera realizado o se hubiera realizado defectuosamente, la validez de los acuerdos contractuales permanecerá intacta, sin perjuicio de las sanciones que se puedan imponer por su inobservancia. Desde el punto de vista de De La Peña y López Frías, el legislador ha decidido incorporar esta provisión con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y evitar una excesiva litigiosidad que pudiera provocar que la financiación se viera limitada por temor a una posible resolución del contrato por parte del cliente cuando la evaluación de la solvencia no se hiciera correctamente⁴⁹.

Las normas de crédito responsable implican la obligación del prestamista de agotar su diligencia a la hora de conceder crédito. Por ello, otra cuestión distinta sería aquella en que la entidad prestamista decidiera seguir adelante con un contrato de crédito a sabiendas de que no es adecuado para el cliente y sin comunicárselo a éste. En este caso, se entiende que el cliente tendría sólidas bases para alegar error (o incluso dolo) en el consentimiento para resolver el contrato en base al artículo 1265 del Código Civil.

De acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo⁵⁰, para que el error invalide el consentimiento se requieren dos elementos esenciales: por una parte, que el error afecte a elementos sustanciales del contrato, esto es, afecte de manera primordial y básica a la condición que motivó la celebración del negocio jurídico y la finalidad de éste; y por otra, que el error ha ser excusable, esto es, no imputable a la parte que lo padece o que hubiera podido ser evitado desplegando una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues, de acuerdo con los postulados de la buena fe, el

⁴⁹ Aunque una previsión similar no está contenida en la LCCC, De La Peña y López Frías entienden que es, asimismo, aplicable en la relación de crédito entre un prestamista que no es entidad de crédito y un consumidor, pues no sería lógico pensar que las entidades de crédito estuvieran más protegidas que las entidades no reguladas. Asimismo, en caso de que el legislador hubiera optado por un sistema de responsabilidad distinto, éste estaría previsto entre las consecuencias del artículo 21 LCCC. Véase DE LA PEÑA Y LÓPEZ FRÍAS., “Crédito Responsable...” op. cit. p. 64

⁵⁰ STS 12 de noviembre de 2004, entre otras.

requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente⁵¹.

Por tanto, en base a estos argumentos, la resolución del contrato puede tener justificación en algún caso residual, pero no es generalizable a todos los contratos en los que la evaluación de la solvencia del cliente no se ha realizado o se ha realizado defectuosamente. En todo caso, habrá que demostrar que el prestamista ha actuado dolosamente o con negligencia grave.

En relación con la responsabilidad del prestamista en lo concerniente al crédito responsable, destaca la interpretación que realiza la AP de Navarra (sección 2ª) en el auto 111/2010, de 17 de diciembre y en el auto de la misma AP de Navarra (sección 3º) 4/2012, de 28 de enero. El auto 111/2010 de la AP de Navarra, en su invocación del art. 3 CC, apunta, aunque no desarrolla, una idea de que el sector financiero, en contexto de crisis económica, debe afrontar una especie de «reparto» del riesgo con el deudor, máxime cuando subyace una mala praxis del propio sector. Dice, en efecto, la citada resolución (FD 3º. c) que *«el art. 3 del Código Civil, en su apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas y ello nos obliga a hacer la presente reflexión en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero...»*.

La sala parece entender que le corresponde padecer las consecuencias de una «mala praxis» del sector financiero en su conjunto. Así, los prestamistas poco diligentes en su comportamiento deben sufrir las consecuencias de sus actos, viéndose perjudicados por las alteraciones que el tiempo introduce en la economía del contrato y en la distribución de riesgos.

⁵¹ En las normas de crédito responsable, tanto prestamista como cliente deben actuar diligentemente.

Ciertamente, la pretensión de hacer justicia material por parte del tribunal es comprensible, pero parece la sala querer apuntar una suerte de responsabilidad del prestamista que, por mala praxis se hace acreedor a un reproche. Sin embargo, el concepto de «responsabilidad del prestamista» no está aún asentado en nuestra doctrina. En Estados Unidos, que es donde este concepto se halla más desarrollado, y puede definirse como diversas teorías de la responsabilidad contractual y extracontractual, con base en distintas fuentes de Derecho del common *law* y *statutory law*, que pretenden determinar qué tipo de conducta es aceptable en un prestamista y cuál no. Así, el concepto de responsabilidad del prestamista comprende la responsabilidad por conducta de un prestamista *profesional* y no como una responsabilidad que pueda surgir del contrato de crédito considerado en la relación crediticia en sí. Es decir, la entidad de crédito está sujeta a un canon de diligencia y de conducta profesional que la hace responsable por los efectos dañinos de su omisión.

Volviendo al Auto de la sala, que dispone que el banco debe soportar daños que, de ordinario, deberían ser soportados por el prestatario y achaca la pérdida de valor de los productos financieros a «*la mala praxis del sistema financiero*». Así, el razonamiento de la AP de Navarra, además de ser incompleto y carente de fundamentación jurídica, contiene una generalización inaceptable y una errónea valoración de lo que es la responsabilidad del prestamista.

La doctrina de la responsabilidad del prestamista o lender liability sirve para sustentar la exigencia de responsabilidades a una entidad por su conducta, pero no por conducta de terceros, ni de colectivos, incluso de los que la entidad pudiera formar parte⁵².

Las sanciones que la Directiva 2014/17/UE dispone consisten en la no rescisión del contrato de crédito por el hecho de que, con posterioridad a la firma del contrato, la evaluación de la solvencia se hubiera llevado a cabo de forma incorrecta debido a la falta de información completa en el momento de la evaluación. No obstante, permite a los prestamistas rescindir el contrato de crédito en caso de que se determine que el consumidor proporcionó deliberadamente información inexacta o falsa en el momento de la evaluación de la solvencia o que de manera intencionada no facilitó información

⁵² Véase MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F., “La satisfacción del crédito por transferencia de la propiedad del bien hipotecado a la entidad acreedora: elementos para el debate”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 9, 2011, pp. 179

que hubiera conducido a una evaluación negativa de la solvencia. Correspondiendo a los Estados miembros la regulación de las sanciones para los casos específicos en que el consumidor facilita información incompleta o errónea con el fin de que la evaluación de su solvencia sea positiva. Si bien no es sancionable por el hecho de que los consumidores no puedan facilitar determinada información o determinadas valoraciones o de que decidan interrumpir el proceso de solicitud de un crédito.

VIII. CONCLUSIONES

La crisis económica, el paro y la pérdida de capacidad económica han creado dificultades a las familias para hacer frente al pago de las cuotas de sus préstamos, abocándoles a situaciones de sobreendeudamiento que, en ocasiones, se han saldado a la pérdida de su vivienda. La quiebra familiar tiene un impacto sistémico que se podría haber evitado si las entidades se hubieran preocupado de comprobar con eficacia si los clientes serían capaces de poder devolver el crédito concedido en atención a su capacidad de reembolso, es decir, si se hubiera actuado con diligencia en la evaluación de la solvencia. La consecuencia de estas prácticas irresponsables de concesión de crédito por parte de la banca ha sido la pérdida de la confianza en el sistema financiero. Si bien, no quiero dar la impresión de que el cliente irresponsable que se sobreendeuda más allá de sus posibilidades es únicamente el consumidor persona física o el profesional. Todo lo contrario, quiero poner de relieve que la concesión de crédito de manera irresponsable por parte de las entidades también se ha producido con personas jurídicas o entes públicos relevantes como empresas del sector de la construcción, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Diputaciones o los Ayuntamientos, etc.

Aunque la evaluación de solvencia del cliente tenga una finalidad de protección del consumidor persona física, no debemos olvidar que las entidades bancarias son empresas que buscan su propio beneficio y que, generalmente, éste prevalece sobre el del consumidor. En cualquier caso, la adecuada evaluación de la solvencia beneficia tanto al cliente como a la entidad, puesto que los procedimientos y evaluaciones que realizan las entidades bancarias delimitan el riesgo que adquiere el prestatario con respecto a la capacidad de devolución del préstamo favoreciendo al cliente, que sólo se endeudará si tiene opciones de reembolsar el crédito y a la propia entidad, que reducirá sus tasas de morosidad e impagos.

En segundo lugar, en mi opinión es de vital importancia poner de relieve la enorme dispersión normativa existente en este campo. En la actualidad, cinco disposiciones normativas: la LES, la Orden EHA/2899/2011, la Circular 5/2012, la LCCC y la Ley 2/2009; constituyen el marco normativo de aplicación a la obligación de evaluación de solvencia. Un ordenamiento jurídico debe ser claro y conciso, y no permitir que cada uno de los contratos mencionados tenga una regulación diferente tanto en lo relativo a los sujetos que evalúan como los sujetos a los que se debe evaluar como a la información y el contenido de la evaluación. Esta materia debe ser objeto de una homogeneización inmediata. La primera cuestión que se debería homogeneizar es el

concepto de consumidor, ya que según la disposición normativa consumidor puede ser sólo la persona física como en el concepto acogido por la Orden EHA/2899/2011, pero también la persona física y las comunidades de bienes en el caso de la Circular 5/2012, o incluso las personas físicas y las personas jurídicas como ocurre con la LES, la Ley 2/2009 y el TRLGDCU. Todo ello sin tener en cuenta que el consumidor persona física también puede ser un empresario o profesional como en la LCCC y en la Orden EHA/2899/2011. Asimismo, no deja de ser paradójico el hecho de que la Orden EHA/2899/2011 que desarrolla la normativa contenido en la LES recoja un concepto de consumidor restringido para los consumidores personas físicas sean o no profesionales. Así como que el concepto que se recoge en el TRLGDCU no coincide con el aplicado por la normativa mencionada. Además, hay que tener en cuenta que la Directiva 2014/17/UE, pendiente de transposición, sólo será de aplicación a las personas físicas que contraten un crédito hipotecario pero cuya finalidad no sea empresarial o profesional.

Otra cuestión que genera confusión es el aclarar qué sujetos están obligados a evaluar la solvencia y en qué casos. Puesto que mientras la LES y la LCCC son de aplicación a cualquier entidad prestamista, la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012 sólo se aplican a entidades bancarias. Aunque todas ellas coinciden en la obligación de evaluar la solvencia por parte de las entidades prestamistas en los créditos, en el caso del crédito hipotecario la Orden EHA/2899/2011 sólo obliga cuando el consumidor sea persona física. Por otra parte, la Ley 2/2009, de aplicación también a entidades no bancarias, no exige la obligación de evaluar la solvencia en los créditos hipotecarios. Sin embargo, con la trasposición de la Directiva 2014/17/UE la regulación de la Ley 2/2009 cambiará y todas las entidades prestamistas estarán obligadas a evaluar la solvencia para conceder créditos hipotecarios. La trasposición de la Directiva sería un buen momento legislativo para reorganizar nuestra legislación para que sea más clara y comprensible. En mi opinión, con este cambio legislativo España debería establecer la obligación de evaluar la solvencia en cualquier tipo de crédito para cualquier consumidor y para todas las entidades prestamistas, sin excepción de ningún tipo.

Por otra parte, la normativa que sanciona la falta de evaluación de la solvencia también se encuentra dispersa, debiendo acudir tanto a la Orden EHA/2899/2011 como a la LCCC en los créditos al consumo, y siendo que estas mismas normas remiten al régimen sancionador de otras normas como a la LDIEC como al TRLGDCU para cuando las operaciones se realicen con consumidores o usuarios. Debería ser una

prioridad del legislador elaborar un régimen sancionador claro en la propia norma e intentar eliminar las continuas remisiones a otras disposiciones, así como las remisiones a capítulos y títulos en los que quedan excluidos unos concretos artículos.

En tercer lugar, considero conveniente que se llegue a un acuerdo político asumido por la industria bancaria para que los mecanismos de resolución de los problemas del endeudamiento sean eficientes, claros y accesibles para la ciudadanía. Además, también sería conveniente que tanto la legislación nacional como la europea especificaran de modo más detallado las fuentes de las que puede obtenerse la información sobre la solvencia del consumidor y que incluyeran la definición de los criterios para poder consultar la base de datos y las obligaciones de comunicar los derechos de los interesados antes de que se produzca cualquier acceso a la base de datos, garantizando de este modo las posibilidades concretas y efectivas de que los interesados ejerzan sus derechos. En lo referente a la información sobre la que ha de basarse la entidad para evaluar la solvencia, considero que nuestra normativa a este respecto es muy dispersa y poco o nada clara. Así, tomando como modelo países vecinos, considero que elaborar una guía donde se recogieran estos criterios sería de gran utilidad tanto para las entidades como para los clientes, quienes ya sabrían de antemano y de un modo claro y comprensible los datos necesarios para que se les pueda evaluar correctamente. A este respecto, los requisitos exigidos por Reino Unido⁵³ son claros, concisos y comprensibles, siendo en mi opinión un modelo del que España podría tomar referencia para precisar las cuestiones relativas a la información sobre las que basar la evaluación de solvencia.

En cuarto lugar, el Banco de España debe reforzar su independencia para mejorar el control sobre las entidades de crédito en aspectos tan fundamentales como es la concesión de crédito, concretamente la evaluación de la solvencia que es obligatorio realizar antes de la concesión de crédito. En este sentido, el Banco de España debe ser más activo y eficaz, y asumir que la protección del cliente es un requisito fundamental para la estabilidad bancaria y por ello debería crearse un comité consultivo⁵⁴ en el que tengan voz permanente los representantes de los usuarios de los servicios financieros, y

⁵³ Cuestiones sobre las que basar la evaluación de la solvencia: el tipo de crédito que se ofrece; su cuantía; la situación financiera del prestatario; el historial crediticio de éste; sus obligaciones de pago presentes y futuras; el impacto de un potencial cambio de las circunstancias personales del cliente; y la vulnerabilidad del cliente al asumir obligaciones adicionales

⁵⁴ Véase ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *RDBB*, Año 32, Nº 19, Lex Nova, 2013, pp. 73.

no únicamente un Servicio de Reclamaciones. Siendo en mi opinión imprescindible este comité ya que las autoridades de consumo carecen en general de los medios y conocimientos suficientes para gestionar los problemas que plantea el sobreendeudamiento de los consumidores. Prueba de ello es que en las memorias del Banco de España desde el año 2008 al 2012 no se hace mención alguna a la carencia o falta de rigor en el procedimiento de la evaluación de la solvencia previa celebración del contrato⁵⁵, a pesar de que el Servicio de Reclamaciones tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores, siendo la evaluación de la solvencia una norma de conducta de las entidades y un mecanismo de protección del cliente.

En quinto lugar y en lo que respecta al impacto de la Directiva 2014/17/UE en los mercados hipotecarios europeos va a ser muy significativo en la medida en que altera sustancialmente los procesos de concesión de los préstamos hipotecarios. No obstante, para el caso español el impacto más significativo será en la modificación legal de los preceptos relativos a información pre-contractual, que incluya advertencias sobre los distintos riesgos que pueden conllevar determinados préstamos; obligación de realizar un análisis de solvencia del consumidor; suministro de explicaciones adecuadas; regulación de una TAE común que refleje el coste total del crédito; nuevas disposiciones en relación a la tasación; regulación del derecho de reembolso anticipado; o previsiones sobre la ejecución hipotecaria y demoras de los contratos.

Aunque no haya cambios sustanciales en las prácticas de las entidades bancarias, sí que las habrá en las de los establecimientos financieros de crédito y otros prestamistas. La Directiva 2014/17/UE muestra su preocupación por regular las actividades de los prestamistas y los intermediarios financieros que operan dentro de la Unión Europea estableciendo sistemas de control de estos operadores para evitar posibles situaciones de abuso o desequilibrio y buscando una actividad profesional y responsable de los mismos.

⁵⁵ Véase BANCO DE ESPAÑA., *Guía de Acceso al préstamo hipotecario*, Banco de España, Madrid, 2013, accesible en <http://www.bde.es>; BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2012*, Banco de España, Madrid, 2013, accesible en <http://www.bde.es>; BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2011*, Banco de España, Madrid, 2012, accesible en <http://www.bde.es>; BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010*, Banco de España, Madrid, 2011, accesible en <http://www.bde.es>; BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009*, Banco de España, Madrid, 2010, accesible en <http://www.bde.es> y BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2008*, Banco de España, Madrid, 2009, accesible en <http://www.bde.es>

En cualquier caso, nuestro derecho hipotecario y el régimen legal de las ejecuciones hipotecarias se verá afectado cuando traspongamos la Directiva 2014/17/UE. Espero que los cambios que introduzca esta Directiva redunden en la creación de un nuevo escenario de concesión de préstamos para la adquisición de viviendas. Confío en que estos cambios hagan que la concesión de préstamos hipotecarios se realice de un modo mucho más coherente, seguro, fiable y responsable. Sin embargo, la trasposición de la Directiva puede plantear problemas en la cuestión del acceso a los ficheros de información, puesto que se podrá acceder a la información mediante el pago de un precio. Es posible que se exijan distintos requisitos en función de la entidad de que se trate o que se exija un mayor precio según la información que se pretenda obtener, aunque la Directiva 2014/17/UE insiste en el principio de no discriminación en el acceso.

Finalmente, para concluir, mencionar que además de todas estas medidas es necesario el fomento de la educación financiera tendente a un empoderamiento del consumidor en la defensa de sus intereses. Sólo así se lograrán clientes informados y responsables capaces de conocer lo que contratan y de identificar los riesgos que asumen⁵⁶. En esta línea, y puesto que el usuario o consumidor persona física no siempre va a tener los conocimientos financieros necesarios para conocer las obligaciones que suponen la contratación de un crédito, la CNMV y el Banco de España pusieron en marcha en 2008 un Plan de Educación financiera 2008-2012. Como acciones más destacadas en desarrollo del Plan, cabe mencionar la puesta en marcha de varios portales educativos, uno dirigido al público adulto: el Portal de educación financiera “Finanzas para todos” y otros, con recursos para alumnos y profesores, dirigidos a la formación de estudiantes en todas las etapas preuniversitarias: el Portal “Gepeese” en el marco del Portal finanzas para todos y el Portal educativo del Banco de España. Todas estas páginas web, con una finalidad eminentemente didáctica, ofrecen información, cursos, actividades de simulación y otros recursos dirigidas a mejorar la formación financiera de los sectores de población a los que van dirigidos. Debido al éxito de acogida que tuvo el Plan de Educación financiera 2008-2012, en junio de 2013, la CNMV y el Banco de España publicaron un nuevo Plan de Educación financiera para el periodo 2013-2017⁵⁷.

⁵⁶ ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias...”, op. cit., p. 42.

⁵⁷ Este nuevo plan tiene por objetivo continuar con el iniciado en 2008, ya que los productos y mercados financieros evolucionan con gran rapidez se ha visto la necesidad de continuar con la educación

IX. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

1. Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS., *Acceso a ficheros de solvencia y ejercicio de derechos. Informe 0280/2012*, Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2012, accesibles en <http://www.agpd.es>
- ALCALÁ DÍAZ, M^a A., *La protección del deudor hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 59 y ss.
- ALFARO AGUILA-REAL, J., “La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo”, 2014, accesible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (último acceso 29/04/2014)
- BANCO DE ESPAÑA., *Guía de Acceso al préstamo hipotecario*, Banco de España, Madrid, 2013, pp. 33 – 34 y 56 – 57, accesible en <http://www.bde.es>
- BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2012*, Banco de España, Madrid, 2013, accesible en <http://www.bde.es>
- BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2011*, Banco de España, Madrid, 2012, accesible en <http://www.bde.es>
- BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010*, Banco de España, Madrid, 2011, accesible en <http://www.bde.es>
- BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009*, Banco de España, Madrid, 2010, accesible en <http://www.bde.es>

financiera que favorece a una mejor asignación de recursos, reduce los riesgos asociados a episodios de inestabilidad financiera pues la población tiene una cultura financiera mayor y, por tanto, contribuye al aumento del bienestar social.

- BANCO DE ESPAÑA., *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2008*, Banco de España, Madrid, 2009, accesible en <http://www.bde.es>
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO., *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial»*, Comité Económico y Social Europeo, 2011, accesible en <http://eur-lex.europa.eu>
- DE LA PEÑA, L. Y LÓPEZ FRÍAS, J., “Crédito Responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *RDBB*, Año 32, Nº 130, Lex Nova, 2013, pp. 47 y ss.
- DÍAZ RUIZ, E., “Crédito bancario responsable”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 224 y ss.
- DICTAMEN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO, de 5 de julio de 2011, acerca de una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, publicado en el DOUE C 240/3 de 18 de agosto de 2011.
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial», publicado en el DOUE C 318/138 de 29 de octubre de 2011.
- DICTAMEN DEL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, publicado en el DOUE C 377/5 de 23 de diciembre de 2011.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, accesible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>

- MARIMÓN DURÁ, R., “La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi- Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 28 y 29.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Análisis de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, COM (2011) 142 finales, Bruselas, el 31.3.2011”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013, pp. 301 a 302, accesible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F., “La satisfacción del crédito por transferencia de la propiedad del bien hipotecado a la entidad acreedora: elementos para el debate”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, N° 9, 2011, pp. 163 y ss.
- MORENO LISO, L., “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *RDBB*, N° 122, 2011, pp. 47 y ss.
- ORDÁS ALONSO, M., *Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 53 y ss.
- ROY PÉREZ, C., "El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013, pp. 152 y ss.
- SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, N° 10, 2012, pp. 287 y ss.
- SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS., *Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*, Supervisor Europeo de Protección de Datos, 2011, accesible en <http://eur-lex.europa.eu>
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Informe sobre Prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *RDMF*, Madrid, 2011, pp. 30 y ss, accesible en <http://rdmf.wordpress.com> (07/01/2014)

- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *RDBB*, Año 32, Nº 19, Lex Nova, 2013, pp. 35 y ss.

2. Jurisprudencia

2.1 Sentencias del Tribunal de Justicia de la CE

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 20 de enero de 2005 (Asunto Johann Gruber c. Bay Wa AG C-464/01).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), Asunto C – 565/12, de 28 de marzo de 2014.

2.2 Sentencias de Tribunales españoles

- Sentencia del Tribunal Supremo 8213/2011, de 30 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2638/2012, de 9 de abril de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 545/2013, de 29 de enero de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1715/2013, de 6 de marzo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3016/2013, de 18 de abril de 2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 26 de febrero de 2000 (AC 2000/93).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 24 de mayo de 2000 (AC 2000/2111).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/80910).
- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (sección 2ª) 111/2010, de 17 de diciembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (sección 3ª) 4/2012, de 28 de enero de 2012.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 13ª) de 14 de febrero de 2012 (JUR 2012, 126947).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc.6ª) de 7 de mayo de 2012 (AC 2012, 1002).

2.3 Sentencias de Tribunales franceses

- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 17 septembre 2013, 12-21.871
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 octobre 2013, 12-21.603
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 octobre 2013, 12-19.468
- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 octobre 2013, 12-27.574
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 novembre 2013, 12-28.038
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 novembre 2013, 12-21.186
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 17 décembre 2013, 12-21.391
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 janvier 2014, 12-27.703
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 janvier 2014, 12-26.156
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 11 février 2014, 12-26.683

3. Legislación

- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancario y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.
- Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil).

- Código de Comercio (Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio).
- Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Ley 7/1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, 2011
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.