



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin De Grado

OBLIGACIONES Y DEBERES DE LAS ENTIDADES BANCARIAS FRENTE A LOS CONSUMIDORES EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Autor

John Fredy Gutiérrez Ramírez

Director

Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho

2017

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1. Cuestión tratada en el trabajo de fin de grado	6
2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés	7
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo	7
II. LA CONCESIÓN IRRESPONSABLE Y OPACA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS COMO CAUSA PRINCIPAL DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA	8
III. EL COMPLEJO ENTRAMADO DE NORMAS QUE REGULAN LA FASE PREVIA A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SU PREVISIBLE PRÓXIMA REFORMA	10
1. Normativa anterior a la crisis	10
2. El impacto de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial	13
3. La regulación española de la fase precontractual en la concesión de préstamo hipotecario y las propuestas de reforma: de las Órdenes EHA/1718/2010 y EHA/2899/2011 al Anteproyecto de Ley reguladora del contrato de crédito inmobiliario de marzo de 2017	17
IV. DEBERES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	21
1. Deberes de transparencia de las entidades de crédito en la comercialización de préstamos hipotecarios y garantías de su cumplimiento	22
1.1 Transparencia en la publicidad.....	22
1.2 Los deberes de información precontractual	23

1.2.1 Puesta a disposición de información general sobre la oferta de préstamos hipotecarios de la entidad: la FIPRE	24
1.2.2 La entrega de información precontractual personalizada: la FIPER y la FEIN.....	26
1.2.3 La formulación de una oferta vinculante	30
2. El deber de asesoramiento y cuidado de los intereses del cliente: las advertencias sobre determinados riesgos	32
3. El deber de evaluación de solvencia del prestatario	38
V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA.....	43
1. Sanciones administrativas	43
2. Consecuencias en la validez del contrato.....	45
VI. CONCLUSIONES.....	48
VII. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CONSULTADOS.....	52
1. Bibliografía EN TODAS LAS QUE INDICAS ACCESIBLE ON LINE, DEBIERAS INDICAR EXACTAMENTE LA DIRECCIÓN WEB DESDE LA QUE HAS ACCEDIDO.	52
2. Legislación	56
3. Jurisprudencia	58
4. Documentos de interés.....	58

VIII. ANEXO

Anteproyecto de Ley reguladora del contrato de crédito inmobiliario de marzo de 2017

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art: Artículo.

C.C: Código Civil.

CIRBE: Central de Información de Riesgos del Banco de España.

Cit: Citado.

FEIN: Ficha europea de información normalizada.

FiAE: Ficha de Advertencias Estandarizadas.

FIPER: Ficha de Información Personalizada.

FIPRE: Ficha de Información Precontractual.

LDIEC: Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

LES: Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LOSSEC: Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

nº: Número.

ss: Siguientes.

TAE: Tasa Anual Equivalente.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestión tratada en el trabajo de fin de grado

En este trabajo vamos a analizar las distintas obligaciones que tienen las entidades de crédito en la fase precontractual previa a la concesión de préstamos hipotecarios, la normativa que se encarga de regular esta materia y las posibles consecuencias de su incumplimiento. Las principales obligaciones que tienen las entidades de crédito en la fase precontractual son: la transparencia en la publicidad de préstamos o créditos hipotecarios; la información precontractual que se ha de facilitar al potencial cliente antes de la celebración de un préstamo hipotecario; el deber que tienen las entidades de crédito de asesorar y advertir a los consumidores sobre los riesgos y las consecuencias que la contratación de un préstamo hipotecario conllevan; y, por último, el deber que tienen las entidades de crédito de evaluar la solvencia del consumidor antes de la concesión del préstamo o crédito hipotecario.

En cuanto a la regulación de estas obligaciones, la normativa es muy amplia y dispersa, ya que existen numerosas normas tanto estatales como comunitarias, que regulan esta materia. En el ámbito estatal las principales normas son: la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En el ámbito europeo destaca 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 1093/2010; Directiva que aún está pendiente de plena transposición.

El núcleo de este trabajo se centra en un estudio detenido de las obligaciones que tienen las entidades de crédito en la fase precontractual de la concesión de préstamos hipotecarios. El objetivo trazado ha sido determinar cómo están reguladas tales obligaciones en nuestro país; cómo están reguladas en la Directiva 2014/17/UE, y si nuestra normativa cumple con la normativa comunitaria. Además recientemente se ha publicado un anteproyecto de ley que pretende transponer la Directiva 2014/17/UE, por lo que también hemos analizado si este anteproyecto transpone adecuadamente lo

previsto en la Directiva. Por último, veremos las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de las entidades de crédito de sus deberes precontractuales.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

Dada la importancia que tienen los préstamos hipotecarios en la economía y en la estabilidad financiera, y a la vista de la crisis económica que aún está padeciendo nuestro país, me ha parecido muy interesante la elección de este tema, pues la manera más fácil y común que tienen los ciudadanos para acceder a una vivienda es a través de la contratación de un préstamo hipotecario. Como potencial consumidor de préstamos hipotecarios que soy, considero que es muy importante conocer el procedimiento que se ha de seguir para la contratación de este tipo de contratos, la conducta que han de llevar a cabo las entidades de crédito en su comercialización y las consecuencias que pueda sufrir el consumidor por una contratación irresponsable de un préstamo hipotecario.

Además, con la promulgación de la Directiva 2014/17/UE y la reciente publicación del anteproyecto de ley que la transpone, todo hace indicar que la normativa estatal reguladora de esta materia va a sufrir cambios muy importantes. Cambios, que además de como potencial consumidor de préstamos hipotecarios pueden resultar interesantes desde un punto de vista científico.

3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Como se ha dicho con anterioridad, este trabajo versa sobre las obligaciones de las entidades de crédito en la fase precontractual en la concesión de préstamos hipotecarios y su regulación. Pues bien, las normas que regulaban esta materia sufrieron diversos cambios tras el inicio de la crisis económica que sacudió nuestro país a finales de 2007. Por lo tanto, en primer lugar, busqué información sobre la relevancia e impacto que la concesión irresponsable de préstamos hipotecarios tuvo en la economía de las familias y también a nivel macroeconómico, gracias a esta información pude comprobar que un factor relevante en el inicio de la crisis económica fue una mala concesión de préstamos hipotecarios y una legislación obsoleta. Esto me llevó a un análisis legislativo y doctrinal sobre las normas que regulaban estas cuestiones con anterioridad a la crisis

económica. Posteriormente realice un estudio legislativo y doctrinal sobre las normas tanto estatales como europeas que regulan la concesión de préstamos hipotecarios hoy en día. Ya analizada la normativa de préstamos hipotecarios, extrae las principales obligaciones precontractuales que tienen las entidades de crédito y realice un estudio sobre cada una de ellas basándome en las opiniones doctrinales más relevantes. Como ya he dicho con anterioridad, estas obligaciones se encuentran recogidas en normas estatales y comunitarias, por lo tanto, lo que hice a continuación fue comparar como están reguladas estas obligaciones en el ámbito estatal y en el comunitario, y ver si la normativa estatal se correspondía con la Directiva 2014/17/UE. Y de no ser así, ver si el Anteproyecto de ley garantiza el cumplimiento de lo exigido por la Directiva 2014/17/UE. Por último, he realizado un análisis de las posibles consecuencias que pueden tener las entidades de crédito por el incumplimiento de sus deberes precontractuales.

II. LA CONCESIÓN IRRESPONSABLE Y OPACA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS COMO CAUSA PRINCIPAL DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA

Durante años la situación económica de nuestro país era enviable, pues gran parte de la población española tenía trabajo, un buen salario y estabilidad laboral¹. Gracias a esta coyuntura económica el mercado hipotecario creció notablemente² y el acceso a la vivienda se vio favorecido debido en gran parte al incremento del poder adquisitivo de la población española y a los bajos tipos de interés que pedían las entidades de crédito para la concesión de un préstamo hipotecario³. Pero la crisis económica de 2008 se llevó

¹ En diciembre de 2007, la tasa de paro era de 8,6%. Dato extraído del Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247>).

² “Entre 1998 y 2007 el parque de viviendas aumentó en alrededor de 5,7 millones de unidades (un 29,6%)”. Véase BANCO DE ESPAÑA, *Informe anual del Banco de España. Año 2007*, Madrid, 2008, pág. 46.

³ En opinión de ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 16, 2014, pág. 2. “Sin embargo, a mediados de la década pasada, favorecidos por los bajos tipos de interés, las entidades de crédito se dedicaron a dar crédito hipotecario de forma imprudente sin verificar la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones de pago”.

consigo muchos puestos de trabajo⁴ y dejó al descubierto las deficiencias del funcionamiento del mercado financiero, siendo esta una de las causas principales de la crisis económica que, aun a día de hoy, está padeciendo nuestro país. Durante años, el mercado de crédito creció sin control alguno⁵, confiando en que la buena situación económica se mantendría para siempre. Durante este periodo la concesión de préstamos hipotecarios se hacía de un modo irresponsable, pues las entidades de crédito confiaban en la solvencia de los prestatarios para hacer frente a sus obligaciones⁶ y que, en defecto de esta, no se verían perjudicados al ejecutar la garantía hipotecaria, pues el precio de la vivienda estuvo en constante alza y las tasaciones eran muy superiores al valor real del inmueble⁷. En este periodo se veía la vivienda como una activo financiero barato debido a la elevada oferta que había en territorio español, a las facilidades que daban las entidades de crédito para obtener financiación y al aumento del periodo de amortización de los préstamos hipotecarios, haciendo así que muchas personas no solo optaran por comprar una primera vivienda, sino que, además, se decidían a adquirir una segunda vivienda como instrumento de inversión. Esto propició que un gran número de familias no solo contrataran un préstamo hipotecario para su vivienda habitual, sino que además estas adquirían otra vivienda ya sea como vivienda vacacional, para alquilarla o como inversión, financiando también la compra con nuevos préstamos hipotecarios⁸. Esta práctica ha llevado a que muchas familias sufran dificultades para hacer frente a sus obligaciones crediticias, llevándolas a una situación de sobreendeudamiento cuando estalla la crisis y pierden sus empleos.

Las principales deficiencias detectadas en el mercado hipotecario son: falta de transparencia y responsabilidad en todo el proceso de formación y perfección del

⁴ A diciembre de 2016 la tasa de desempleo era de 18,6%. Dato extraído del Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247>).

⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios”, en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Alonso Pérez (dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 60.

⁶ DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J., “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento” *RDBB* nº 130, 2013, pág. 48.

⁷ Sobre la tasación en extenso v. DÍAZ ALABART, S. “Evaluación de solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia” en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, dir. por Silvia Diaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, págs. 223-276.

⁸ CATENA REAL, R., “La situación de endeudamiento tras el boom inmobiliario. El crédito irresponsable: medidas que fomentan un endeudamiento responsable”, *Diario La Ley*, nº 8448, Sección Doctrina, 2014, págs. 1 a 4 (accesible *on line*).

contrato, con una publicidad incompleta y confusa; seguida de una escasa y deficiente información precontractual; poco asesoramiento por parte del personal de las entidades de crédito y, por último, una imprudente e incorrecta evaluación de solvencia del prestatario, ya que, en ocasiones, se concedía crédito al prestatario a pesar que la evaluación de solvencia recomendara lo contrario⁹. Por parte del cliente, hay una falta de prudencia y formación previa, pues se trataba de personas que no tenían conocimientos financieros y aun así contrataban préstamos complejos, con un largo periodo de amortización y por un importe mayor que el bien hipotecado. Todos estos factores han propiciado un sobreendeudamiento de la clase media española, dejando a familias en paro o con salarios precarios haciendo cargo de un préstamo hipotecario por encima del precio del bien hipotecado y con un largo periodo de amortización.

Por todo ello, el legislador español y europeo ha tomado cartas en el asunto y han desarrollado normas con el fin de promover un préstamo responsable por parte de las entidades de crédito, dotando al sistema bancario de un régimen más estricto de transparencia, información y evaluación de solvencia. Pues la transparencia y responsabilidad en la concesión de préstamos hipotecarios no solo beneficia a los consumidores, sino que dota de confianza y estabilidad al sistema financiero.

III. EL COMPLEJO ENTRAMADO DE NORMAS QUE REGULAN LA FASE PREVIA A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SU PREVISIBLE PRÓXIMA REFORMA

1. Normativa anterior a la crisis

Para comprender el alcance de las distintas modificaciones legales que se han desarrollado durante los últimos años, es necesario que presentemos aunque sea brevemente la normativa sobre transparencia, publicidad y evaluación de solvencia que se aplicaba al sector bancario en la contratación de préstamos hipotecarios antes de la crisis. Con anterioridad a la crisis, podemos encontrar normas (menos desarrolladas que

⁹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” cit., 2014, págs. 60 y 61.

las actuales) que se ocupaban de las obligaciones de la Banca en la comercialización de préstamos hipotecarios¹⁰.

En el ámbito del Derecho bancario y con fundamento en la habilitación normativa del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito¹¹ (en adelante LDIEC), el Ministerio de Economía y Hacienda

¹⁰ Véase DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J., “Crédito responsable: un nuevo concepto...” *cit.*, 2013, págs. 51-54; HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, págs. 62-66 o MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista CESCO*, nº 5/2013, 2013, págs. 65 y 66.

¹¹ Art. 48.2 LDIEC: “Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y 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, pueda:

a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.

b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.

c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.

d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.

h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente

elaboró la Orden, 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. Esta Orden fue desarrollada por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Estos dos cuerpos normativos crearon un sistema de protección del cliente bancario en la fase precontractual (ya sea persona física o jurídica), pues estas normas garantizaban un acceso a información suficiente sobre los productos o servicios ofertados mediante diversos procedimientos como un control previo de la publicidad o la publicación de las tarifas y comisiones que cobra la entidad por sus servicios o productos.

Posteriormente, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE 11 de mayo de 1994) – en adelante citada Orden 5 de mayo de 1994-. Esta Orden contenía deberes específicos de transparencia e información precontractual aplicables exclusivamente a préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas ubicadas en territorio español y concedidas a personas físicas residentes en España por un importe inferior a 25 millones de pesetas (150.253€). En la fase previa de la celebración del contrato, la entidad de crédito tenía la obligación de entregar un folleto informativo inicial¹² en la cual se especificaba de forma clara y estandarizada las condiciones financieras del préstamo. De este modo, los potenciales clientes podían comparar entre las distintas ofertas de las entidades de crédito y optar por la que más se ajustase a sus intereses y a su capacidad financiera. Este folleto debía contener como mínimo las menciones recogidas en el Anexo I de la Orden, y tenía un carácter orientativo, puesto que no era vinculante para la entidad de crédito (a excepción de los intereses, comisiones y gastos que sí debían respetarse estrictamente en el contrato finalmente celebrado). Una vez efectuada la tasación del inmueble, si la entidad de crédito decidía conceder el préstamo, tenía que formular por escrito una oferta vinculante dirigida al prestatario con el contenido mínimo previsto en el Anexo II de la Orden con un plazo de validez de diez días hábiles a contar desde la fecha en la que fue entregada al cliente¹³. Ya en la fase de otorgamiento, redactada la escritura, el cliente disponía de un periodo de tres días hábiles antes del otorgamiento para examinar la escritura en el despacho del notario, pudiendo solicitarle explicaciones

conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera”.

¹² Art. 3 de la Orden de 5 de mayo de 1994.

¹³ Art. 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994.

y aclaraciones al respecto. El notario por su parte tenía el deber de comprobar que se habían respetado las condiciones que figuraban en la oferta vinculante y que el prestatario fuese consciente del coste real de la operación y de las obligaciones y derechos que tienen las partes¹⁴.

Antes de la entrada en la crisis financiera, la última reforma en la concesión de préstamos hipotecarios fue a través de la Ley 41/2007¹⁵, la cual modificó la letra a) del artículo 48.2 LDIEC, obligando a que la información relativa a la transparencia de los préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrase con independencia de la cuantía de los mismos (antes era para préstamos superiores a 150.253 €), esta ley también introduce una nueva letra h) al artículo 48.2 LDIEC, habilitando al Ministerio de Economía y Hacienda para dictar normas que determinen “*la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera*”.

2. El impacto de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

En un principio, a escala comunitaria, la protección de los consumidores de préstamos hipotecarios se desarrolló mediante mecanismos de autorregulación voluntaria asumidos por las entidades de crédito, como es el caso del “Código de conducta voluntario sobre información precontractual para los créditos vivienda” del año 2000. Este Código se incorporó a la Recomendación de la Comisión 477/2001, de 1 de marzo de 2001,

¹⁴ Art. 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994.

¹⁵ Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Publicado en: «BOE» núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda¹⁶. Este Código de conducta no tuvo en la práctica el efecto esperado, así que, en marzo del año 2003, la Comisión Europea puso en marcha un proceso encaminado a determinar y evaluar el impacto de los obstáculos del mercado interior de préstamos hipotecarios. Como consecuencia de este proceso, el 18 en diciembre de 2007, se adoptó el “Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea”¹⁷, en el que se anunciaba la intención de la Comisión Europea de evaluar la incidencia de la información precontractual, las bases de datos sobre créditos, la evaluación de solvencia, la tasa anual equivalente (TAE) entre otras cosas¹⁸.

Todo ello culminó con la adopción de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹⁹. Esta Directiva 2014/17/UE se promulgó con el propósito de crear un mercado hipotecario europeo más transparente y eficiente²⁰ en el otorgamiento de créditos hipotecarios y además, proporcionar un mayor nivel de protección a los consumidores.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Directiva 2014/17/UE, en su art. 3, declara que será de aplicación a aquellos contratos de crédito que estén garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en el Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial; así como a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir²¹. En lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, la Directiva 2014/17/UE resulta de aplicación a los consumidores y a los prestamistas

¹⁶ Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda [notificada con el número C (2001) 477].

¹⁷ Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea. Bruselas, 18.12.2007 COM (2007) 807 final.

¹⁸ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, págs. 69-71.

¹⁹ Publicado en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 60 de 28.2.2014, págs. 34 a 85.

²⁰ GARCÍA DE PABLOS, J.F., “La nueva directiva sobre hipotecas.”, *Revista Aranzadi Doctrina*, nº 5/2014, 2014, pág. 1 (accesible *on line*).

²¹ Art. 3.1 Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

(ambas figuras se encuentran definidas en el art. 4 de la Directiva 2014/17/UE)²². Para definir el concepto de consumidor, la propia Directiva 2014/17/UE nos remite a la definición que la Directiva 2008/48, relativa a los contratos de consumo²³ en su art. 3.a): “*persona física que, en las operaciones reguladas por la presente directiva actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o empresarial*”. Por prestamista se entiende a la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder crédito bajo el ámbito de aplicación del art. 3.1 de la Directiva 2014/17/UE en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

Como ya se ha dicho anteriormente, esta Directiva 2014/17/UE tiene como finalidad establecer un mercado hipotecario más eficaz y transparente. Para conseguir este fin, la Directiva 2014/17/UE establece una serie de obligaciones que se han de imponer a las entidades de crédito a la hora de comercializar préstamos hipotecarios. En primer lugar, el art. 7 nos habla de las normas de conducta por la cual se tienen que regir las entidades de crédito en la contratación de préstamos hipotecarios, estas deben actuar “*de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores*”. Además este mismo artículo, en su apartado 3º, impone a las entidades de crédito la obligación de desarrollar una política retributiva que sea compatible con una gestión sana y eficaz, garantizando que “*la estructura de las remuneraciones del personal involucrado no afecte a su capacidad de actuar en interés del consumidor y, en particular, no dependa de los objetivos de venta*”²⁴. Además de este deber general, la Directiva 2014/17/UE impone una serie de obligaciones a las entidades de crédito en la fase previa a la contratación del préstamo hipotecario en sus artículos 10 a 16²⁵. Estos preceptos regulan materias como la información básica que ha

²² Art. 4 Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. “A los efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- 1) “*consumidor*” : todo consumidor según se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE;
- 2) “*prestamista*” : 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;”.

²³ 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.

²⁴ SIMÓN MORENO, H y NASARRE AZNAR, S., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014” *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 139, 2015, pág. 17.

²⁵ Véase SIMÓN MORENO, H y NASARRE AZNAR, S., “Un paso más en la protección...” cit., 2015, pág. 18; HERNÁNDEZ SAINZ, E. “El nuevo régimen de protección precontractual...” cit., 2014, pág.

de figurar en la publicidad (art. 11), la información general que deben dar los prestamistas sobre los contratos de crédito ofertados con el contenido mínimo previsto en el art. 13, la información personalizada que ha de darse a través de la Ficha europea de información personalizada (FEIN), que ha de seguir la forma y contenido previsto en el Anexo II de la Directiva 2014/17/UE. Por último, para asegurarse que el consumidor comprende la información suministrada, las entidades de crédito deberán suministrar al prestatario las explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen, y sobre todo posible servicio o servicios accesorios, al objeto de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera. Es importante resaltar que la Directiva 2014/17/UE establece un período de como mínimo siete días durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión razonada (art. 14.6 Directiva 2014/17/UE).

Otra obligación fundamental para la protección de los consumidores y la sostenibilidad de las entidades de crédito es el deber de evaluación de solvencia. Se trata de una de las medidas más importantes que la Directiva 2014/17/UE va a introducir en nuestro mercado hipotecario²⁶, y se encuentra recogida en los artículos 18 a 20. El artículo 18 establece el deber de evaluar la solvencia del consumidor atendiendo a los ingresos, empleo, ahorros y capacidad financiera del consumidor. Esta evaluación de solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble dado en garantía, sino que se deberá atender con prioridad a los factores personales del prestatario. La evaluación de solvencia se llevará a cabo basándose en la información aportada por el propio consumidor o a través de la consulta de bases de datos sobre solvencia (arts. 20 y 21). Si la evaluación de solvencia indica que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato, las entidades de

72; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. “La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº2, 2015, págs. 5-8; CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, en *Diario La Ley*, nº 8636, Sección Doctrina, 2015, págs. 14-16; o REYES LOPEZ, M. J. “Aspectos básicos de la directiva 2014/17/UE” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, nº 5, 2016. Capítulo 5. Aspectos relevantes en la fase precontractual y capítulo 6. Evaluación de la solvencia. (<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/151.pdf>).

²⁶ En opinión de SIMÓN MORENO, H y NASARRE AZNAR, S., “Un paso más en la protección...” cit., 2015, pág. 18.

crédito deberán denegar la concesión del préstamo hipotecario, informando al consumidor sobre las razones por las cuales no ha sido concedido el préstamo.

Es importante subrayar que esta Directiva aún no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, a pesar de que el plazo máximo de transposición de la Directiva expiraba el 21 de marzo de 2016. Aun así España cuenta con un sistema normativo que cumple en cierta medida con lo dispuesto en la Directiva 2014/17/UE en cuanto a transparencia, información precontractual y evaluación de solvencia²⁷. En relación con las disposiciones no implementadas señalar que el 26 de julio de 2016, la Secretaría General del Tesoro y Política financiera, el 26 de julio de 2016, publicó un Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario²⁸. A principios de abril de 2017, la Revista de Derecho del Mercado financiero hizo público un nuevo texto oficioso del Anteproyecto notablemente mejorado que se espera se convierta en breve en Proyecto de Ley²⁹.

3. La regulación española de la fase precontractual en la concesión de préstamo hipotecario y las propuestas de reforma: de las Órdenes EHA/1718/2010 y EHA/2899/2011 al Anteproyecto de Ley reguladora del contrato de crédito inmobiliario de marzo de 2017

La normativa nacional vigente encargada regular la concesión de préstamos hipotecarios se encuentra dispersa en diversas normas legales, reglamentarias y administrativas. Las normas más relevantes en esta materia se encuentran recogidas en órdenes ministeriales del Ministerio de Economía y Hacienda y desarrolladas mediante circulares dictadas por el Banco de España. Pues bien, estas normas son principalmente la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE 29 de junio de 2010) y la Orden EHA/2899/2011,

²⁷ En opinión de ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE”, en *Revista CESCO*, nº 17, 2016, págs. 159 y 160.

²⁸ Para un comentario general, véase ÁLVAREZ OLALLA, P., “Algunos aspectos del anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 10 2016, (BIB 2016/8045) y ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 20, 2016, pp. 42 y ss.

²⁹ En el artículo ZUNZUNEGUI, F., “Once novedades del Anteproyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario” *RDMF*, 6 de abril de 2017 (accesible en <http://www.rdmf.es/2017/04/06/diez-novedades-del-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>), se incluía un enlace al nuevo texto del Anteproyecto que se decía había aprobado ya el Gobierno.

de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 de octubre de 2011). Estas dos órdenes, a su vez se encuentran desarrolladas por circulares del Banco de España, en concreto, por la Circular 6/2010³⁰ y por la Circular 5/2012³¹ respectivamente. Ambas órdenes ministeriales fueron fruto de la habilitación que concedía el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito³² al Ministerio de Economía y Hacienda.

La Orden EHA/1718/2010 es la encargada de establecer las normas, principios y criterios a los que debe ajustarse la actividad publicitaria de los productos y servicios bancarios (art.1). Según el art. 2, se entiende por publicidad toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice (prensa, radio, televisión, Internet...). El ámbito de aplicación de la Orden EHA/1718/2010 está circunscrito a toda actividad publicitaria realizada por entidades de crédito españolas, así como por sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, dirigida a clientes o potenciales clientes residentes en España y siempre que se refiera a productos y/o servicios bancarios³³. Toda publicidad que esté dentro del ámbito de aplicación de esta Orden deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa; exigiéndose, además, que quede explícito y patente el carácter publicitario del mensaje (art. 4.1 Orden EHA/1718/2010).

Ahora bien, las normas que más relevancia tiene en la contratación de préstamos hipotecarios son sin lugar a dudas 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

³⁰ Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. Publicado en: «BOE» núm. 246, de 11 de octubre de 2010.

³¹ 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. Publicado en: «BOE» núm. 161, de 6 de julio de 2012.

³² Ley derogada y sustituida por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Publicado en: «BOE» núm. 156, de 27 de junio de 2014

³³ Véase HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, págs. 66 y 67; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El nuevo régimen de la publicidad de los servicios bancarios y los productos de inversión”, *Revista CESCO*. Capítulo 3. La publicidad de servicios y productos bancarios. (<https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2010/6-2010-4.pdf>); MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista CESCO*, nº 5/2013, 2013, pág. 72.

de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito³⁴ y la Orden EHA/2899/2011. Ambas normas regulan materias vitales en la contratación de préstamos hipotecarios como: la transparencia, la información precontractual y contractual y la evaluación de solvencia del prestatario. Sin embargo, la que más incidencia tiene en la comercialización de préstamos hipotecarios es la Orden EHA/2899/2011, por ello vamos a comentarla con mayor detenimiento.

De acuerdo con la exposición de motivos de la Orden EHA/2899/2011, esta busca conseguir un triple objetivo³⁵. En primer lugar, se pretende concentrar y sistematizar en un único texto la normativa básica sobre transparencia con el fin de mejorar su comprensión y accesibilidad al consumidor, superando la dispersión normativa anterior. En segundo lugar, la Orden trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. Y, por último, la Orden desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible³⁶ en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones destinadas a que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de préstamos evitando así situaciones de sobreendeudamiento. A estos efectos, se ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia que tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito a la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de las entidades de crédito y de los clientes. Esta Orden será 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. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas (art. 2 Orden EHA/2899/2011).

³⁴ 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. Publicado en: «BOE» núm. 79, de 1 de abril de 2009.

³⁵ Véase DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J., “Crédito responsable: un nuevo concepto...” *cit.*, 2013, págs. 59 y 60.

³⁶ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Publicado en: «BOE» núm. 55, de 05/03/2011.

Por último, aunque aún no esté aprobado es importante hacer una referencia al anteproyecto de Ley XX/2016³⁷, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que tiene como objetivo la transposición al ordenamiento jurídico español de 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, publicado en abril de 2017³⁸. Este anteproyecto de ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección dirigidas a las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos o créditos que estén garantizados mediante hipoteca sobre una vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial.

Su ámbito de aplicación comprende los contratos de crédito concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: la concesión de préstamos o créditos con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial, u otro derecho real de garantía sobre un bien inmueble de uso residencial; o la concesión de préstamos o créditos cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o edificaciones construidos o por construir, siempre que el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea un consumidor. Para conseguir este objetivo se fijan una serie de pautas de conductas que han de seguir los prestamistas en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios. Concretamente, se obliga al prestamista a entregar al prestatario una ficha normalizada con todas las características del préstamo con anterioridad a su contratación (similar a la FEIN) que tendrá carácter de oferta vinculante durante un plazo de siete días. Junto a la FEIN el anteproyecto introduce un nuevo documento: la “Ficha de Advertencias Estandarizadas” (FiAE), en la cual se informará de la existencia de cláusulas o elementos relevantes (cláusulas suelo/techo, vencimiento anticipado, etc...).

³⁷ Véase un primer comentario en ARROYO AMAYUELAS, E., “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2017, págs. 31 y ss. (accesible *on line*).

³⁸ Es conveniente recordar que 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, debía de haber sido transpuesta como muy tarde el 21 de marzo de 2016.

Otra novedad importante que introduce el Anteproyecto, es el nuevo papel que van a jugar los notarios y registradores en la contratación de préstamos hipotecarios, pues se refuerza el control de legalidad realizado por los notarios y los registradores sobre el contenido del contrato, de modo que si no se demuestra que el prestamista ha entregado la información precontractual obligatoria con una antelación de siete días al prestatario, el notario no podrá autorizar la escritura, ni el registrador inscribir la hipoteca. En estos siete días, el prestatario podrá obtener asesoramiento por parte del notario sobre el contrato de préstamo hipotecario que se va a elevar a público, en particular se asesorará sobre las cláusulas contractuales contenidas en el mismo. Este asesoramiento, junto con una expresión manuscrita del prestatario manifestando que ha recibido la documentación precontractual obligatoria y que comprende y acepta su contenido se hará constar en un acta notarial que no tendrá coste alguno para el prestatario³⁹.

IV. DEBERES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Las entidades de crédito tienen una serie de obligaciones en la fase previa de la contratación de préstamos hipotecarios, que tienen por finalidad conseguir una concesión más transparente y responsable, cuestión de vital importancia dado el impacto que este tipo de contratos tiene para la economía de las familias y para el conjunto de la Economía en general. Estos deberes son principalmente: la transparencia en la publicidad de préstamos o créditos hipotecarios; una buena y adecuada información precontractual que ayude al consumidor a comparar entre diversas ofertas y a escoger la que mejor se adapte a sus necesidades y capacidad financiera; el asesoramiento y cuidado de los intereses del consumidor; y una concesión responsable de préstamos hipotecarios a través de la evaluación de solvencia del prestatario.

³⁹ En opinión de Fernando Zunzunegui “Convertir a los notarios en asesores de los clientes, con el fin de excluir la responsabilidad de la banca en la comercialización de préstamos hipotecarios, no es el mejor camino para crear seguridad jurídica y, desde luego, no es la mejor forma de recuperar la confianza de los clientes en la banca”. (<http://www.rdmf.es/2017/04/diez-novedades-del-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>).

1. Deberes de transparencia de las entidades de crédito en la comercialización de préstamos hipotecarios y garantías de su cumplimiento

1.1 Transparencia en la publicidad

La publicidad es un factor importante en la comercialización de productos y/o servicios bancarios, pues a través de esta, se oferta a los potenciales clientes los productos o servicios que el banco pretende comercializar. Pese a la importancia que tiene la publicidad en este sector, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica aplicable a los préstamos hipotecarios, sino que esta materia está regulada en diversas normas. Sin dejar de lado la regulación sobre publicidad que hace la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁴⁰ y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁴¹; la publicidad de los productos y servicios bancarios se encuentra principalmente regulada en la Orden EHA /1718/2010 y en la Circular 6/2010 que se encarga del desarrollo de la Orden⁴².

La publicidad sujeta a esta Orden EHA /1718/2010 deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa y deberá quedar explícito y patente el carácter publicitario del mensaje (art. 4.1). El Banco de España determinará los principios generales a los cuales deben adaptarse las entidades de crédito en materia de publicidad, además de los criterios generales sobre el contenido mínimo y el formato del mensaje publicitario⁴³ y cualquier otro aspecto que pueda afectar al carácter equilibrado y objetivo de la publicidad (art. 4.2). Al tratarse de publicidad de préstamos o créditos en la que se aluda explícitamente al coste o rentabilidad para el público, las entidades de crédito, además de lo anterior deberán expresar su coste o rendimiento en términos de TAE (para el cálculo de la TAE se utilizará la expresión matemática y las reglas establecidas en la norma decimotercera de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos).

⁴⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 11/01/1991.

⁴¹ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Publicado en: «BOE» núm. 274, de 15/11/1988.

⁴² CASADO NAVARRO, A., “Mecanismos de protección del cliente de servicios bancarios en la fase precontractual” en *Diario La Ley*, nº 8531, Sección Doctrina, 2015, págs. 6 y 7 (accesible *on line*).

⁴³ Este contenido mínimo y los principios generales se encuentran en el Anexo de la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. Publicado en: «BOE» núm. 246, de 11/10/2010.

Además de estas normas de contenido de contenido mínimo y principios generales de la publicidad, la Orden EHA /1718/2010 en su art. 4.3 y las normas 3^a.1 y 3^a.2 de la Circular 6/2010 obligan a las entidades de crédito a llevar a cabo unas políticas de comunicación comercial con el fin de asegurar los legítimos intereses de la clientela; gestionar los riesgos a los que estén o puedan estar expuestos derivados de su actividad publicitaria; y que les permita cumplir con los principios generales y el contenido mínimo de la Orden EHA /1718/2010 y la Circular 6/2010. En estos mismos preceptos se incentiva la autorregulación y el autocontrol en materia publicitaria⁴⁴.

Sin embargo, la información mínima exigida en la publicidad de productos o servicios bancarios a pesar de prever muchas cosas, deja de lado otras que, sin embargo, si están previstas en el art. 11 de la Directiva 2014/17/UE como por ejemplo: el importe total del crédito, la duración del crédito, el número de pagos a plazos, el importe de las cuotas etc. Datos que no están incluidos en Anejo de la Circular 6/2010⁴⁵, por lo que será necesaria su reforma para adaptarse a la Directiva.

1.2 Los deberes de información precontractual

La transparencia es uno de los pilares fundamentales en la comercialización de préstamos hipotecarios, pues a través de ella los consumidores pueden escoger entre las diversas ofertas propuestas por las entidades de crédito y elegir razonadamente la que mejor se adapte a sus condiciones financieras. Para conseguir un buen nivel de transparencia es necesario que las entidades de crédito aporten una buena y adecuada información al consumidor en todas las fases de la contratación, pero principalmente en la fase precontractual, pues gracias a ella podrán optar por contratar con una entidad de crédito u otra.

Esta información precontractual se encuentra regulada fundamentalmente en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012 que la desarrolla. Según el art. 6 de la Orden EHA/2899/2011 las entidades de crédito están obligadas a “*facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar*

⁴⁴ Véase: CASADO NAVARRO, A., “Mecanismos de protección del cliente...”, *cit.*, pág. 7 (acceso *on line*); o HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, pág. 85.

⁴⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, pág. 87.

ofertas similares”. Este mismo artículo también establece que la información que se dé al cliente debe ser “*clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta*”.

En los préstamos hipotecarios esta obligación de transparencia e información se concreta a través de la entrega de una serie de documentos⁴⁶: la Ficha de Información Precontractual (FIPRE); la Ficha de Información Personalizada (FIPER), la información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés y cláusulas suelo y techo; y por último, la oferta vinculante que solo se entrega si lo solicita el cliente y la entidad de crédito accede a formularla.

1.2.1 Puesta a disposición de información general sobre la oferta de préstamos hipotecarios de la entidad: la FIPRE

En este apartado vamos a hablar concretamente sobre la FIPRE⁴⁷, la cual se encuentra regulada en el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011, que establece la obligación que tienen las entidades de crédito de entregar a los clientes que soliciten un crédito o un préstamo hipotecario una información clara, suficiente y redactada en términos claramente legibles, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas o en cualquier otra lengua acordada por las partes (art.11 Orden EHA/2899/2011). Además, se deberá resaltar mediante el empleo de letras mayúsculas o en negrita las informaciones y advertencias previstas en el apartado 1.4 del Anejo 3 de la Circular 5/2012 sobre los préstamos que se ofertan. Esta información será gratuita y tendrá un carácter orientativo, ya que no supone por sí misma una oferta vinculante, ni obliga a la entidad de crédito a conceder el préstamo según las condiciones de la FIPRE. Este documento tendrá que estar a disposición de los clientes de préstamos hipotecarios en todos los canales de

⁴⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección...”, *cit.*, 2013, pág. 83; o HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, pág. 88.

⁴⁷ Véase: HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014., págs. 89 a 91; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. “La información precontractual en la Directiva 17/2014...”, *cit.*, 2015, pág. 8 (accesible *on line*); MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección...”, *cit.*, 2013, págs. 83 y 84, (accesible *on line*); CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios...”, *cit.*, 2015, pág. 4 (accesible *on line*); o 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, pág. 6 (accesible *on line*).

comercialización utilizados por la entidad de crédito. En cuanto a su forma, destacar que debe utilizarse el formato estandarizado que figura en el Anexo I de la Orden EHA/2899/2011. En cuanto a su contenido, la FIPRE debe contener información sobre la entidad de crédito que la facilita, las características del préstamo ofertado (importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del inmueble, finalidad, tipo de préstamo, plazo de amortización, periodicidad de los pagos...), el tipo de interés (indicando si es fijo, variable o variable limitado), los gastos preparatorios de la operación y si hay servicios vinculados a la contratación del préstamo, la TAE y el coste total del préstamo (la TAE sirve para ayudar al consumidor a comparar entre las distintas ofertas) y, por último, si las hay, las comisiones por amortización anticipada⁴⁸.

En el marco comunitario, la Directiva 2014/17/UE no prevé un documento similar a la FIPRE, pero en su art. 13 sí que desglosa una serie de informaciones generales que las entidades de crédito deben facilitar al consumidor en cualquier momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico. Esta información general sobre los préstamos y créditos hipotecarios que oferta la entidad tendrá que ser clara y comprensible. Esta información general tiene un contenido mínimo muy similar al de la FIPRE. En cuanto al Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (transposición de la Directiva 2014/17/UE al derecho español) no encontramos un documento o un deber de información similar a la FIPRE, pues en su art. 5 .1⁴⁹ solo se nos habla de la FEIN y de la FiAE. El problema que se plantea,

⁴⁸ Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁴⁹ Art. 5.1 del Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario:

“1. El prestamista deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

a) la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante un plazo de siete días desde su entrega.

b) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a las limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés,

d) una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales,

entonces, es que la FIPRE solo será de entrega obligatoria en préstamos concedidos por entidades de crédito, pero no cuando los concedan otras entidades al no haberse previsto en el Anteproyecto de Ley.

1.2.2 La entrega de información precontractual personalizada: la FIPER y la FEIN

Una vez comparada una o varias FIPRE, el potencial consumidor facilitará a la entidad con la cual pretende concertar el préstamo hipotecario la información necesaria sobre sus necesidades, preferencias de financiación y su situación económica. Analizada esta información, la entidad de crédito deberá entregar al consumidor un nuevo documento de información precontractual, la FIPER. La FIPER se encuentra regulada en el art. 22 de la Orden EHA/2899/2011 y al igual que la FIPRE tiene un contenido y una forma preestablecido, que debe ser conforme con el previsto en el Anexo II de la propia Orden. En este mismo artículo, en su apartado 2 se obliga a las entidades de crédito a que la entrega de la FIPER sea gratuita y con una antelación suficiente (en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta)⁵⁰.

La FIPER ha de elaborarse teniendo en cuenta las circunstancias y necesidades del consumidor y las condiciones del préstamo que la entidad de crédito está dispuesta a conceder. Su contenido es bastante más extenso que el de la FIPRE, pues incluye con más detalle lo previsto en la FIPRE y además añade datos personalizados (en atención a la información facilitada por el cliente), datos como: el importe y periodicidad de las cuotas; una tabla de amortizaciones, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del cliente; o una advertencia sobre los riesgos del préstamo. Toda información adicional al contenido de la FIPER deberá figurar en un documento separado que se adjuntará a la misma (art. 22.3 Orden EHA/2899/2011). En el caso de préstamos concedidos a un tipo de interés variable, el art. 26.2 Orden

al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría.

e) la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario designado para la elevación a público del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos a través de la interconexión de las plataformas de los prestamistas y del Consejo General del Notariado”.

⁵⁰ SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección...”, cit., 2012, pág. 6. (accesible *on line*); MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección...”, cit., 2013, pág. 84.

EHA/2899/2011 establece que deberá adjuntarse a la FIPER un documento separado, en el cual se hará una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de intereses. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de interés hayan alcanzado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si este es menor.

En ocasiones, en la contratación de préstamos hipotecarios nos podemos encontrar con cláusulas o pactos especialmente complejos o gravosos para el consumidor, como puede ser el caso de los instrumentos de cobertura de riesgo de tipo de interés o con cláusulas suelo y/o techo (estas circunstancias están previstas en los arts. 24 y 25 de la Orden EHA/2899/2011). En cuanto a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés, el art. 24 prevé un conjunto de informaciones que han de suministrarse al consumidor en un anexo junto a la FIPER. En primer lugar, las entidades de crédito deben informar al consumidor sobre la naturaleza del instrumento de cobertura, de su duración y, en su caso, de las condiciones de prórroga o renovación. En función de la naturaleza del instrumento de cobertura, también se deberá informar de la obligatoriedad del pago de una prima y del importe de la misma, de las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés sobre la base de la evaluación histórica del tipo de referencia. Y, por último, de la metodología del cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada. En lo que respecta a las cláusulas suelos y/o techo, el art. 25 establece que, en los casos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés (como cláusulas suelo o techo) se recogerá en un anexo a la FIPER, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

En el ámbito europeo, la Directiva 2014/17/UE introduce un nuevo documento de información precontractual, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), la cual tiene un objetivo similar a la FIPER. Según el art. 14 de la Directiva 2014/17/UE, los Estados miembros velarán por que el prestamista ofrezca al consumidor la información personalizada que este necesita para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito. Esta información se facilitará en cualquier soporte duradero y a través de la FEIN (cuyo modelo figura en el Anexo II de la Directiva 2014/17/UE). La entrega de la FEIN deberá hacerse sin demora

injustificada una vez que el consumidor haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias y con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta de crédito. El art. 14.6 de la Directiva 2014/17/UE obliga a los Estados miembros a establecer un periodo de siete días como mínimo, en los cuales el consumidor podrá comparar ofertas y tomar una decisión al respecto. Estos siete días (a elección de los Estados miembros) podrán fijarse como: un período de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito, o un período para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas. Además de la información prevista en la FEIN, las entidades de crédito deberán facilitar explicaciones adecuadas sobre el contrato o contratos de crédito que se oferten y los servicios accesorios de este, en especial sobre la información requerida por la FEIN, los efectos específicos que los productos propuestos pueden tener en el consumidor, incluidas las consecuencias que se producirían si este incurriera en impago, y cuando los servicios accesorios estén combinados con un contrato de crédito, si cada componente del paquete puede rescindirse por separado y las implicaciones que ello tendría para el consumidor (art. 16 Directiva 2014/17/UE)⁵¹.

Como se puede observar, la FIPER y la FEIN tienen una finalidad y un contenido muy parecidos⁵². Sin embargo, el Derecho español deberá adaptarse a la FEIN, pues esta es de máxima armonización según el art. 2.2 de la Directiva 2014/17/UE (cosa que ya ha prevé realizar el anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en su art. 5.1.a). Las principales novedades la FEIN con respecto a la FIPER son las siguientes⁵³:

⁵¹ AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea.” *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha*, 2014, págs. 7 y 8. (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/07/Comentario-e-interpretaci%C3%B3n-de-la-nueva-Directiva-en-materia-hipotecaria-.pdf>).

⁵² En opinión de HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...”, *cit.*, 2014, pág. 91; CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios...”, *cit.*, 2015, pág. 15; AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva...”, *cit.*, 2014, pág. 10.

⁵³ AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva...”, *cit.*, 2014, págs. 10 y 11. Y comparación entre el Anexo II Parte A de la Directiva 2014/17/UE y el Anexo II Parte B de la Orden EHA/2899/2011.

-En el “texto introductorio” (Anexo II Directiva 2014/17/UE) se ha incluido la mención de que el documento no conlleva para el prestamista la obligación de concederle un préstamo.

-En el apartado previsto para la información del prestamista se ha incluido la necesidad de especificar si se están prestando o no servicios de asesoramiento, en cuyo caso se habrá de detallar si se recomienda a o no al cliente la contratación del préstamo.

-En el apartado “características principales del préstamo” se añaden nuevas advertencias en relación a los préstamos multidivisa.

-En el apartado “tipo de intereses y otros gastos” se deberá especificar la tasa que debe abonar el prestatario por registrar la hipoteca, o la base para calcularlo.

-En relación con préstamos de interés variable, se deberá advertir de que el importe puede aumentar o disminuir y el importe máximo que podrá alcanzar⁵⁴.

-Se añade un nuevo apartado denominado “Otras obligaciones” en el cual debe advertirse al consumidor de los servicios vinculados al préstamo y a las consecuencias de su cancelación.

-Se añade otro nuevo apartado llamado “Otros derechos del prestatario” en el cual se informa al cliente del período de reflexión o desistimiento con el que cuenta, si el cliente opta por ejercer su derecho de desistimiento, se deberá informar de las demás obligaciones que ha contraído en relación con el préstamo, incluidos los servicios accesorios asociados al préstamo.

Un grave defecto en la regulación de la FIPER y de la FEIN, es que la entrega de las mismas no vincula a las entidades de crédito y no suponen una oferta vinculante para el consumidor, sino que a la hora de contratar el préstamo hipotecario las entidades de crédito pueden separarse de las condiciones previstas en la FIPER y en la FEIN⁵⁵.

Como ya se ha comentado con anterioridad, el anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, sí prevé la inclusión de la FEIN al

⁵⁴ En opinión de AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva...”, cit., pág. 10. “*Llama la atención que no se contemple una advertencia sobre la existencia de cláusulas suelo como si preveía la FIPER*”.

⁵⁵ En opinión de HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...”, cit., págs. 92 y 93.

ordenamiento jurídico español, por lo tanto todo hace pensar que a la FIPER va a desaparecer; aunque el Anteproyecto no prevé la derogación de la Orden EHA/2899/2011, por lo que será necesaria su revisión (aunque evidentemente de aprobarse el Anteproyecto sus disposiciones prevalecerán sobre las de la Orden), para garantizar la seguridad jurídica. Además, como novedad, el Anteproyecto añade una nueva ficha la FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas) en la cual se informará al potencial cliente de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a las limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo (art. 5.1.b del Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

1.2.3 La formulación de una oferta vinculante

Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente, este podrá solicitar a la entidad de crédito la entrega de una oferta vinculante⁵⁶ (art. 23.1 Orden EHA/2899/2011). Las entidades de crédito no están obligadas a entregar una oferta vinculante, sino que esta ha de ser solicitada por los clientes, en cuyo caso sí que será obligatoria la entrega de una oferta vinculante. La oferta vinculante debe seguir el mismo modelo que la FIPER (art. 23.2 Orden EHA/2899/2011) en la cual, se especificará que se trata de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de dicha oferta, que no podrá ser inferior a catorce días naturales desde el momento de su entrega⁵⁷. Cualquier información adicional que la entidad de crédito facilite al cliente en la oferta vinculante deberá adjuntarse en un documento

⁵⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista CESCO*, nº 5/2013, págs. 84 y 85.

⁵⁷ CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios...”, *cit.*, Capítulo 2. La normativa de transparencia bancaria relativa al préstamo hipotecario. Apartado 2. Normas de transparencia en materia de préstamo hipotecario. (accesible *on line*).

SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección...”. *cit.*, pág. 7 (accesible *on line*).

separado a la FIPER. En el caso de que la oferta vinculante se entregue al mismo tiempo que la FIPER y si coincide íntegramente en su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento (art. 23.4 Orden EHA/2899/2011).

En la Directiva 2014/17/UE también está prevista la oferta vinculante, como mecanismos que garantiza la existencia de un derecho de reflexión, si no se ha previsto la concesión de un derecho de desistimiento. Cuando se haga al consumidor una oferta vinculante, esta debe ir acompañada de la FEIN (art. 14.3 Directiva 2014/17/UE), la cual debe aportarse con suficiente antelación, y en todo caso antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a no ser que ya se le haya facilitado con anterioridad la FEIN y las características de la oferta vinculante coincida con la FEIN⁵⁸. La oferta vinculante deberá entregarse en soporte papel o en cualquier otro soporte duradero. No obstante, la Directiva 2014/17/UE deja la opción a los Estados miembros de exigir que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante, si se optará por esta opción, solo se exigirá una nueva entrega de la FEIN cuando las características de la oferta vinculante difieran de la información indicada en la primera FEIN⁵⁹.

Una clara diferencia entre la oferta vinculante de la Orden EHA/2899/2011 y la de la Directiva 2014/17/UE está en el plazo de vigencia de la oferta vinculante, pues en la Orden EHA/2899/2011 en su art. 14.5 se establece un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su entrega (salvo circunstancias extraordinaria o no imputables a la entidad de crédito). En cambio, en la Directiva 2014/17/UE en su art. 14.6 establece un plazo menor, pues deja a elección de los Estados miembros la posibilidad de fijar un periodo de siete días como mínimo⁶⁰. Otra diferencia fundamental es que la Directiva exige, en su art. 14.6, que si no se ha concedido un derecho de desistimiento al consumidor, será obligatoria la entrega de la oferta vinculante, siempre y en todo caso, a diferencia de nuestra actual regulación que solo contempla una obligación de formulación de oferta vinculante a petición del potencial prestatario, pese a que nuestra regulación no atribuye al prestatario un derecho de desistimiento.

⁵⁸ REYES LOPEZ, M. J., “Aspectos básicos de la directiva...”, *cit.*, pág. 422.

⁵⁹ REYES LOPEZ, M. J., “Aspectos básicos de la directiva...”, *cit.*, pág. 422.

⁶⁰ AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva...”, *cit.*, pág. 11 (accesible *on line*).

En el anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se hace una breve mención a la oferta vinculante, y es en su art. 5.1.a), el cual dice lo siguiente: “*a) la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante un plazo de siete días desde su entrega*”. De la lectura de este artículo se puede deducir que el Anteproyecto de Ley pretende reducir el plazo de como mínimo catorce días previsto en la Orden EHA/2899/2011 y sustituirlo por el plazo de como mínimo siete días previsto en la Directiva 2014/17/UE. Un plazo, que en mi opinión, es corto para que el consumidor pueda examinar y entender con claridad las implicaciones contractuales y financieras que pueden derivar de la contratación de un préstamo hipotecario.

2. El deber de asesoramiento y cuidado de los intereses del cliente: las advertencias sobre determinados riesgos

En la Orden EHA/2899/2011 están previstos mecanismos de información y asesoramiento, con el objetivo de que el cliente sepa con claridad y con un conocimiento razonado los servicios que está contratando. Estos mecanismos de información y asesoramiento están previstos en los arts. 9 y 10 de la Orden EHA/2899/2011. El art. 9 de la Orden EHA/2899/2011 (desarrollado por la norma 5^a de la Circular 5/2012) obliga a las entidades de crédito a facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas y pertinentes para que este pueda comprender los términos y condiciones de los productos y/o servicios ofertados y así, pueda adoptar una decisión informada sobre su contratación. Estas explicaciones deben darse atendiendo a las necesidades y la situación financiera del consumidor y deben estar dirigidas a aclarar el contenido de las informaciones que se hayan suministrado con anterioridad, además de poner en conocimiento del consumidor las consecuencias que puedan derivar de la celebración del contrato. Con estas explicaciones se consigue una mayor protección del consumidor que con el mero deber de información, ya que se obliga a las entidades de crédito a informar al cliente sobre las consecuencias contractuales, especialmente las negativas. Es importante no confundir este deber de aclaración con la prestación de servicios de asesoramiento en materia de contratos hipotecarios, pues estos últimos requieren de una contratación por parte del cliente y, con carácter general, salvo pacto en contrario se trata de servicios retribuidos

Por su parte, el art. 10 Orden EHA/2899/2011 regula el asesoramiento en materia bancaria⁶¹. Como ya se ha dicho anteriormente el asesoramiento no es una obligación de las entidades de crédito, sino que se trata de un servicio solicitado por el cliente. Este asesoramiento deberá ser informado expresamente y, normalmente será remunerado, salvo que el servicio sea gratuito. La prestación de este servicio de asesoramiento está sometida al régimen de transparencia previsto en la Orden EHA/2899/2011 y, además, las entidades de crédito están obligadas a actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado y considerando la situación personal financiera del cliente, sus preferencias y sus objetivos.

En opinión del Profesor Martínez Espín es preocupante la garantía del carácter objetivo e independiente del servicio de asesoramiento, pues está claro que hay un conflicto de intereses entre la objetividad del servicio de asesoramiento y la comercialización de los productos propios de la entidad de crédito que presta el servicio. La Orden EHA/2899/2011 no contempla mecanismos que garanticen la objetividad del servicio de asesoramiento (solo contempla conceptos ambiguos como “actuar en el mejor interés del cliente, análisis objetivo y suficientemente amplio”) convirtiendo, en muchas ocasiones, este servicio de asesoramiento en una mera actividad comercial o promocional sobre los productos de la entidad de crédito que está prestando el servicio⁶².

Dejando de lado los servicios de asesoramiento y las explicaciones adecuadas, las entidades de crédito tienen el deber de advertir a los clientes sobre determinados riesgos y servicios vinculados. En primer lugar, empezaremos con los servicios bancarios vinculados a la contratación de un préstamo hipotecario (p. ej. apertura de cuenta corriente, contratación de seguros, etc...). En este caso, las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio deberán informar al cliente de manera expresa y comprensible sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones (art. 12 Orden EHA/2899/2011). Sí solo es posible la contratación del servicio bancario vinculado a la

⁶¹ Art.10 Orden EHA/2899/2011: “A los efectos del presente artículo se entenderá por asesoramiento toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado”.

⁶² MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección…”, cit., 2013, pág. 78.

contratación de otro, se informará al cliente de manera expresa sobre la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, y de los efectos que su contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.

Además de los servicios vinculados, en ocasiones en la contratación de préstamos hipotecarios nos podemos encontrar con cláusulas y pactos especialmente complejos y gravosos para el cliente, como puede ser el caso de los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés (especialmente contratos de permute financiera o *swaps*⁶³) o con cláusulas suelo y/o techo. Estos dos escenarios están previstos en los arts. 24 y 25 de la Orden EHA/2899/2011. En cuanto a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés, el art. 24 Orden EHA/2899/2011 regula la información adicional que ha de darse al cliente bancario en relación con dichos instrumentos. Esta información adicional debe proporcionarse en un anexo a la FIPER, conforme al cual debe indicarse: la naturaleza del instrumento, su duración, las liquidaciones que pueda generar y el método de cálculo del posible coste asociado a la cancelación anticipada del instrumento de cobertura⁶⁴. Para el Profesor Martínez Espín estos productos, en realidad son contratos financieros complejos y de alto riesgo, y la simple información sobre estos productos no es suficiente para proteger a los consumidores, pues muchos desconocen la complejidad y el riesgo que conlleva este tipo de productos financieros⁶⁵.

En lo que respecta a las cláusulas suelo y/o techo, el art. 25 de la Orden EHA/2899/2011 establece que en los casos en los que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés (cláusulas suelo y/o techo) se recogerá en un anexo a la FIPER el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización mínima y máxima⁶⁶.

⁶³ Podemos definir los *swaps* como “*un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal, pero con tipos de referencia distintos*”. En DE LA TORRE, A., *Operaciones financieras (Swaps)*, Ariel Economía, 1996, pág. 17.

⁶⁴ SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección...”, cit., Capítulo 2. La actividad de comercialización. Apartado 2.3.1. La documentación precontractual: régimen general, régimen especial para préstamos hipotecarios e hipotecas inversas y referencia a la información previa sobre instrumentos de cobertura de tipos de interés y cláusulas «suelo» y «techo» (accesible *on line*).

⁶⁵ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección...”, cit., 2013, pág. 86.

⁶⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección...”, cit., 2013, págs. 86 y 87; SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección...”, cit., 2012, pág. 8.

En el ámbito europeo, la Directiva 2014/17/UE en su Capítulo VIII regula los servicios de asesoramiento (art. 22 Directiva 2014/17/UE), calificando como tales “*la prestación de asesoramiento personalizado a un consumidor con respecto a una o varias operaciones de contratos de crédito, cuando constituya una actividad aparte de la concesión del crédito y de las actividades de intermediación de crédito*” (art. 4.21 Directiva 2014/17/UE). Antes de la prestación del servicio de asesoramiento, las entidades de crédito deberán informar al consumidor en papel u otro soporte duradero sobre el conjunto de productos que tomarán en consideración, de modo que el consumidor pueda comprender si la recomendación que se le hace se basa solo en la gama de productos propia del prestamista, o en un conjunto más amplio de productos disponibles en el mercado y los gastos que se facturarán al consumidor por los servicios de asesoramiento o, si su importe no puede determinarse en el momento en que se comunica la información, el método empleado para calcularlo. Siempre que se presten servicios de asesoramiento, las entidades de crédito deben recabar información sobre la situación personal y financiera del consumidor y sobre sus preferencias y objetivos, con el fin de recomendar al cliente el producto que más se ajuste a su situación. El servicio de asesoramiento tal y como está regulado por la Directiva 2014/17/UE es más apropiado que el previsto en la Orden EHA/2899/2011, pues se garantiza más objetividad e imparcialidad a la hora de prestar el servicio de asesoramiento; ya que se exige a las entidades de crédito que prestan este servicio una serie de obligaciones (art. 22.3 Directiva 2014/17/UE). En primer lugar, los prestamistas deberán recabar toda la información que resulte necesaria sobre la situación personal y financiera del consumidor, así como sobre sus preferencias y objetivos, de modo que puedan recomendar contratos de crédito adecuados a la situación financiera del cliente. En segundo lugar, los prestamistas deben tomar en consideración un número suficientemente grande de contratos de crédito de su gama de productos y recomendar uno o varios contratos de crédito de dicha gama que sean adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del consumidor. Estos deberes establecidos en la Directiva 2014/17/UE chocan con la pobre redacción del art. 10 de la Orden EHA/2899/2011 que apenas impone a las entidades de crédito la obligación de actuar “en el mejor interés del cliente” basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado. En mi

(accesible *on line*); o CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios...”, *cit.*, 2015, pág. 4.

opinión, el art. 10 de la Orden EHA/2899/2011 está muy lejos de cumplir con lo establecido en la Directiva 2014/17/UE, ya que regula el asesoramiento bancario de una manera muy ambigua. ¿Qué podemos entender por “en el mejor interés del cliente”? o ¿Cuándo sabemos que el asesoramiento se ha basado en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado?

En lo que respecta a los servicios vinculados, la Orden EHA/2899/2011 en su art. 12 los permite, imponiendo a las entidades de crédito la única obligación de informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones. En cambio, en el ámbito europeo, la Directiva 2014/17/UE en su art. 12.1⁶⁷ prohíbe expresamente la práctica de ventas vinculadas, permitiéndolas únicamente en los supuestos en los cuales la entidad de crédito pueda demostrar ante la autoridad competente que la comercialización de servicios vinculados conlleva un claro beneficio para el consumidor (art. 12.3 Directiva 2014/17/UE). A la vista de la prohibición de los servicios vinculados establecida por la Directiva 2014/17/UE, el legislador español tiene el deber de adaptarse a la normativa comunitaria y suprimir, con carácter general, la comercialización de servicios vinculados.

Sin embargo, hay cuestiones que están reguladas en la Orden EHA/2899/2011 y no lo están en la Directiva 2014/17/UE, como es el caso de los cláusulas suelo y/o techo. En opinión de la Profesora Arroyo Amayuelas⁶⁸ esta cuestión no ha sido regulada en la Directiva 2014/17/UE “*por la dificultad de llevarlo a cabo cuando hay tal diversidad de productos y aun otros nuevos pueden existir en el futuro, pero, sobre todo, porque eso impondría barreras en el mercado y crearía obstáculos a la libre circulación de capitales en la UE, lo cual, a la postre, tendría efectos negativos sobre el volumen de préstamos*”. Es una pena que la Directiva 2014/17/UE no haya abordado este tipo de cláusulas abusivas, aunque viendo como está actuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sentencias como la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016⁶⁹, en los asuntos acumulados: Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U. (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez y

⁶⁷ Art. 12.1 Directiva 2014/17/UE: “*1. Los Estados miembros autorizarán las prácticas de ventas combinadas, pero prohibirán las prácticas de ventas vinculadas*”.

⁶⁸ ARROYO AMAYUELAS, E., “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito...”, cit., pág. 14 (acceso *on line*).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, En los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. ECLI:EU:C:2016:980.

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irles López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15); es muy probable que estas cláusulas acaben desapareciendo.

En el Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se hace una regulación expresa sobre el asesoramiento en préstamos hipotecarios (art. 10 Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), que resulta muy similar a la prevista en la Orden EHA/2899/2011 dejando en manos del Gobierno (vía Reglamento) los requisitos que deben cumplir las entidades de crédito en la prestación del servicio de asesoramiento. La redacción de este art. 10 está muy lejos de lo establecido en la Directiva 2014/17/UE. No obstante, introduce una novedad importante (art. 6 anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) en cuanto al asesoramiento prestado al cliente hipotecario, y es que se refuerza el control de legalidad realizado por los notarios y los registradores de la propiedad sobre el contenido del contrato, de modo que si no se demuestra que el prestamista ha entregado la información precontractual obligatoria con una antelación de siete días al prestatario, el notario no podrá autorizar la escritura, ni el Registrador inscribir la hipoteca. En estos siete días, el prestatario podrá obtener asesoramiento por parte del notario sobre el contrato de préstamo hipotecario que se va a elevar a público. En particular, se asesorará sobre las cláusulas contractuales contenidas en el mismo. Este asesoramiento, junto con una expresión manuscrita del prestatario manifestando que ha recibido la información precontractual obligatoria y que comprende y acepta su contenido; se hará constar en un acta notarial que no tendrá coste alguno para el prestatario.

En lo que respecta a la práctica de ventas vinculadas el anteproyecto de Ley XX/2016 (art. 8), al igual que la Directiva 2014/17/UE prohíbe con carácter general las prácticas de venta vinculadas, permitiendo aquellas que hayan sido aprobadas por la autoridad competente (Banco de España). Por lo tanto, todo hace pensar que la práctica de ventas vinculadas va a desaparecer con carácter general en la comercialización de préstamos hipotecarios.

3. El deber de evaluación de solvencia del prestatario

Junto con el deber de información precontractual, el deber de evaluación de solvencia del prestatario tiene gran relevancia en la comercialización de préstamos hipotecarios. Esta obligación de evaluación de solvencia surge a raíz de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁷⁰ (LES) para proteger a los usuarios de servicios financieros y asegurar una concesión responsable de crédito. El art. 29 LES es el que establece, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de crédito responsable, pues según este artículo: “*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*”.

Este concepto de crédito responsable establecido por la LES ha sido desarrollado por la Orden EHA/2899/2011 y por la Circular 5/2012. El art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 es el encargado de regular esta cuestión, estableciendo que: “*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*”. Este artículo es desarrollado por la norma duodécima de la Circular 5/2012 que prevé lo siguiente: “*A efectos de asegurar la adecuada aplicación práctica del concepto de préstamo responsable a que se refiere el capítulo I del título III de la Orden, las entidades, cuando ofrezcan y concedan préstamos o créditos a la clientela y, en su caso, presten servicios accesorios a los mismos, 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*”. De la lectura de estos preceptos se desprende que la evaluación de solvencia del prestatario es un deber propio de las entidades de crédito. Sin embargo, en los últimos años este deber no se ha cumplido

⁷⁰ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Publicado en: «BOE» núm. 55, de 05/03/2011.

correctamente, lo cual ha contribuido al sobreendeudamiento de las familias y a la crisis financiera⁷¹.

Conforme a la normativa nacional hoy vigente, el deber de evaluación de solvencia solo resulta de aplicación si el cliente es persona física sin que, en principio, se exija la condición de consumidor. En el caso de personas físicas que actúan en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, puede acordarse la no aplicación del deber de evaluación de solvencia por parte del cliente y la entidad de crédito (art. 2.4 Orden EHA/2899/2011). En los demás casos, siempre que se trate de una persona física que actúe al margen de su actividad empresarial o profesional el deber de evaluación de solvencia es obligatorio, y debe llevarse a cabo conforme a las políticas y procedimientos preestablecidos por la propia entidad de crédito que, en todo caso, deben de ser conformes a la normativa bancaria sobre gestión de riesgos y control interno y respetar los principios establecidos para la concesión responsable de préstamos hipotecarios⁷².

Para evaluar la solvencia del cliente, se tendrá en cuenta su situación personal, su empleo, su situación patrimonial y su situación financiera. Estos datos pueden ser obtenidos a través de la documentación e información facilitada por el cliente o a través del acceso a ficheros de solvencia⁷³ (como la Central de Información de Riesgos del Banco de España “CIRBE” u otros ficheros de carácter privado como es el caso de ASNEF-EQUIFAX o EXPERIAN⁷⁴) a los que se refiere el art. 29 de la Ley Orgánica de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). En el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo hipotecario se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral, se deberá tener en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación (arts. 18.a.1º, 18.a.2º y 18.a.3º de la Orden EHA/2899/2011). En el caso de préstamos con garantía real (préstamos hipotecarios), el art. 18.3 Orden EHA/2899/2011 prevé que los criterios para determinar la concesión o no del préstamo, la cuantía del mismo y las características del tipo de

⁷¹ En opinión de CATENA REAL, R., “La situación de endeudamiento tras el boom inmobiliario...”, *cit.*, 2014, pág. 5 (accesible *on line*); o ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de solvencia en la concesión...”, *cit.*, 2014, pág. 11.

⁷² HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, págs. 98 y 99.

⁷³ Art. 18.2 Orden EHA/2899/2011.

⁷⁴ CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, 2013, pág. 6 (accesible *on line*).

interés y su amortización deben fundamentarse preferentemente, en la capacidad del cliente para hacer frente a sus obligaciones crediticias y no exclusivamente al valor del bien dado en garantía (a través de la tasación).

Sin embargo, aunque el resultado de la evaluación de solvencia sea negativo y se desaconseje la concesión del préstamo hipotecario, las entidades de crédito pueden conceder el préstamo, pues el art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011 les deja tal posibilidad al prever que: *“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”*.

Esta regulación choca con lo previsto en la Directiva 2014/17/UE que prevé que la entidad de crédito sólo puede conceder el préstamo hipotecario cuando la evaluación de solvencia sea favorable. Así, el art. 18.5 de la Directiva 2014/17/UE dispone con toda claridad que: *“Los Estados miembros velarán por qué: a) el prestamista sólo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato”*. En el caso de que la entidad de crédito se niegue a conceder el préstamo hipotecario en base a una insuficiente solvencia del prestatario constatada a través de la consulta de ficheros de solvencia patrimonial y de crédito, la entidad de crédito tiene el deber de informar al cliente sobre el resultado de dicha consulta (art. 18.5 de la Orden EHA/2899/2011).

En el ámbito europeo⁷⁵, la Directiva 2014/17/UE dedica el Capítulo VI a la evaluación de solvencia (arts. 18,19 y 20). La Directiva incide en la necesidad de imponer este deber a los prestamistas, pues para el legislador europeo se trata de una cuestión fundamental antes de la concesión de cualquier préstamo o crédito hipotecario. La Directiva exige que las entidades de crédito antes de conceder un préstamo hipotecario evalúen la solvencia del prestatario con el objetivo de poder verificar la capacidad que

⁷⁵ Véase AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva...”, *cit.*, 2014, pág. 12 y ss. (acceso *on line*); GARCÍA DE PABLOS, J.F., “La nueva directiva sobre hipotecas.”, *cit.*, 2014, págs. 6 y ss. (accesible *on line*); REYES LOPEZ, M. J., “Aspectos básicos de la directiva...”, *cit.*, 2016, págs. 425 y 426 (acceso *on line*); ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de solvencia en la concesión...”, *cit.*, 2014, págs. 9 a 19 (acceso *on line*).

tiene de hacer frente a sus obligaciones, de forma que la entidad de crédito sólo podrá conceder el préstamo o crédito hipotecario si el resultado de dicha evaluación indica que el consumidor es solvente y pude hacer frente a las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario (art. 18.5.a Directiva 2014/17/UE). Esta evaluación de solvencia al igual que en la Orden EHA/2899/2011 deberá llevarse a cabo predominantemente basándose en los ingresos, situación laboral y capacidad económica del prestatario, en vez de en el valor del bien inmueble dado en garantía (art. 18.3 Directiva 2014/17/UE).

Esta evaluación de solvencia se realizará en base a la información proporcionada sobre la situación financiera y económica del consumidor. La entidad de crédito obtendrá esta información a través de la información suministrada por el consumidor o de la consulta de bases de datos (art. 20.1 Directiva 2014/17/UE). En caso de que se consulte una base de datos la entidad de crédito debe informar al consumidor de dicha consulta (art.18.5.b Directiva 2014/17/UE). En el caso de que la concesión del préstamo hipotecario haya sido denegada por no haberse superado la evaluación de solvencia en base a la información obtenida de una base de datos, la entidad de crédito deberá informar al consumidor del resultado de dicha consulta. En todo caso, la entidad de crédito no podrá anular o modificar ulteriormente el préstamo en detrimento del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente, salvo que el consumidor haya ocultado o falsificado conscientemente la información necesaria para una correcta evaluación de solvencia.

La Directiva 2014/17/UE también regula la tasación de bienes inmuebles (art. 19 Directiva 2014/17/UE), pues esta guarda una importante relación con la evaluación de solvencia, pues gran parte de la cuantía del préstamo depende de la tasación que se le haya hecho al inmueble dado en garantía o que se pretende adquirir a través del préstamo hipotecario. Es por ello que los Estado miembros deben velar por que en sus territorios se establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario⁷⁶.

La Orden EHA/2899/2011 y la Directiva 2014/17/UE regulan la evaluación de solvencia de forma similar. Sin embargo, hay una importante diferencia entre ambas normas. Y es que la Directiva 2014/17/UE en su art. 18.5.a) obliga a que las entidades

⁷⁶ En opinión de AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva...”, cit., 2014, pág. 13.

de crédito sólo pongan el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato. Por el contrario, la Orden EHA/2899/2011 en su art. 18.6 da la posibilidad a las entidades de crédito de conceder el préstamo hipotecario aunque la evaluación de solvencia haya resultado negativa, pues la evaluación de solvencia se realiza sin perjuicio de la libertad de contratación que existe entre la entidad de crédito y el cliente. Esta libertad de contratación puede llevar consigo a una concesión irresponsable del crédito hipotecario, la cual puede no solo afectar al cliente, sino también a la estabilidad financiera de la entidad de crédito concedente. Por lo tanto, el legislador español tiene el deber de desarrollar esta cuestión y prohibir que las entidades de crédito concedan préstamos hipotecarios cuando el resultado de la evaluación de solvencia sea negativo.

En el Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario no se hace una regulación expresa de la evaluación de solvencia, a pesar de ser uno de los puntos fundamentales de la Directiva 2014/17/UE para la concesión responsable de préstamos hipotecarios. Es más, se deja su regulación para un posterior desarrollo reglamentario mediante Real Decreto por parte del Gobierno (Disposición final decimocuarta. 1. h) del Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). En opinión de Albiez Dohrmann⁷⁷ dejar en manos de un posterior desarrollo reglamentario cuestiones tan importantes como la evaluación de solvencia del prestatario es un claro error, pues al menos debería figurar el contenido básico de la evaluación de solvencia en una norma con rango legal, no reglamentario, pues sólo así se asegura que el comportamiento de los operadores en el mercado del crédito inmobiliario cumpla las exigencias que establezcan las normas, no debiendo quedar su incumplimiento sólo sujeto a sanciones administrativas.

⁷⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Primerísimas observaciones al anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Revista CESCO*, nº 20/2016, pág. 45.

V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

1. Sanciones administrativas

La gran mayoría de la normativa que regula la concesión de préstamos hipotecarios está regulada a través de normas administrativas, en concreto normas de disciplina dirigidas a las entidades de crédito. Por lo tanto, el incumplimiento de las entidades de crédito de sus deberes de información precontractual y de evaluación de solvencia conlleva a una serie de infracciones administrativas. Por el contrario, estas normas administrativas no prevén ninguna consecuencia en el ámbito contractual. Incluso cuando la entidad de crédito haya sido imprudente en la concesión del préstamo hipotecario, el consumidor no va a quedar eximido de cumplir con lo establecido en el contrato. Estas sanciones administrativas son irrelevantes desde la perspectiva del consumidor⁷⁸.

En cuanto al régimen sancionador, la Orden EHA/2899/2011 en su art. 14.1 nos remite a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la cual ha sido derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC). En esta ley, el incumplimiento de los deberes de transparencia e información precontractual están tipificados como una infracción grave según el art. 93.n) LOSSEC⁷⁹. En caso de tratarse de un incumplimiento especialmente relevante en atención a la relevancia de la información y/o el número de personas afectadas, esta infracción podrá ser catalogada como muy grave según el art. 92.k) de la LOSSEC⁸⁰. Estos deberes de información y transparencia resultan vulnerados cuando no se entrega al cliente la información exigida

⁷⁸ CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios...”, cit., Capítulo 3. Acerca de la eficacia jurídico-privada de la normativa de Transparencia bancaria. (accesible on line).

⁷⁹ Art. 93.n) LOSSEC: “n) *Incumplir el deber de veracidad informativa debida a sus socios, contrapartes financieras, clientes y al público en general, así como el incumplir el deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos, su uso para fines diferentes de los previstos en la normativa reguladora de la misma, o la solicitud de informes sobre personas titulares de riesgos fuera de los casos expresamente autorizados en dicha Ley, siempre que ello no suponga una infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior*”.

⁸⁰ Art. 92.k) LOSSEC: “k) *Incumplir el deber de veracidad informativa debida a sus socios, contrapartes financieras, clientes y al público en general, así como el incumplimiento del deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos, su uso para fines diferentes de los previstos en la normativa reguladora de la misma, o la solicitud de informes sobre personas titulares de riesgos fuera de los casos expresamente autorizados en la citada normativa. Todo ello salvo que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tales incumplimientos puedan estimarse poco relevantes*”.

por la normativa bancaria, como en los casos en los cuales la información suministrada al cliente haya sido insuficiente, falsa o engañosa. En el caso de que el incumplimiento se haya producido en el deber de evaluación de solvencia impuesto por el art. 29 de la LES y desarrollado por la Orden EHA/2899/2011, su incumplimiento supone una infracción grave del art. 93.f) LOSSEC⁸¹.

Según el art. 98 de la LOSSEC, por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad de crédito una multa que podrá ser, a juicio del órgano competente (Banco de España): de entre el doble o triple del importe de beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; de entre el 3% y el 5% del volumen de negocios neto anual, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 2.000.000 y 5.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. A estas sanciones, se les pueden añadir una serie de medidas accesorias que podrán ir desde un requerimiento al infractor para que ponga fin a su actitud y se abstenga de repetirla hasta una amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado de la identidad del infractor, la naturaleza de la infracción y las sanciones o medidas accesorias impuestas; o amonestación privada (art. 98.2 LOSSEC).

Por lo que respecta a las infracciones muy graves, las sanciones correspondientes están recogidas en el art. 97 LOSSEC, el cual prevé las siguientes sanciones: multa, que podrá ser, a juicio del órgano competente para resolver de entre el triple y el quíntuplo del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o de entre el 5% y el 10% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 5.000.000 y 10.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. Además de estas multas pecuniarias, el órgano competente podrá revocar la autorización a la entidad de crédito. Junto con estas sanciones, podrán imponerse las siguientes medidas accesorias: requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se

⁸¹ Art. 93.f) LOSSEC: “f) Ejercer actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del artículo 5, siempre que ello no suponga la comisión de una infracción muy grave de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, salvo que tenga carácter ocasional o aislado”.

abstenga de repetirla; suspensión de los derechos de voto del accionista o accionistas responsables en los supuestos de comisión de infracciones muy graves derivadas del incumplimiento de los requisitos de autorización y de los aplicables a las adquisiciones de participaciones significativas; amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado de la identidad del infractor, la naturaleza de la infracción y las sanciones impuestas (art. 97.2 LOSSEC).

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos sancionadores sobre esta materia es el Banco de España, conforme al art. 90 LOSSEC. No obstante, en el caso de infracciones muy graves el Banco de España deberá dar cuenta razonada al Ministerio de Economía y Competitividad de la imposición de la sanción y, en todo caso le remitirá con periodicidad trimestral la información esencial sobre los procedimientos en tramitación y las resoluciones adoptadas.

2. Consecuencias en la validez del contrato.

Algunos autores⁸² critican la ausencia de consecuencias específicas de naturaleza jurídico-privada con incidencia en el contrato para supuestos de incumplimiento por parte de las entidades de crédito de sus deberes precontractuales y de evaluación de solvencia, pues estos deberes sirven para garantizar una concesión responsable de créditos hipotecarios. Sin sanción específica de la normativa bancaria en el ámbito jurídico privado, la norma pierde efectividad. Esta falta de consecuencias contractuales puede conllevar a una concesión irresponsable del crédito y aun sobreendeudamiento del prestatario el cual nos puede desembocar en una nueva crisis financiera. En este sentido se pronunció el Consejo Económico y Social en el informe a la Propuesta de la Directiva 2014/17/UE⁸³ “*El objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una*

⁸² Véase CATENA REAL, R. “La situación de endeudamiento tras el boom inmobiliario...”, *cit.*, Capítulo 2. La ausencia de un sistema disciplinario. (accesible *on line*) o CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable, información crediticia...”, *cit.*, Capítulo 4. Consecuencias del incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia del deudor (accesible *on line*).

⁸³ Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial [COM (2011) 0142 - C7-0085/2011 - 2011/0062(COD)] Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Ponente de opinión: Antolín Sánchez Presedo. Ponente de opinión: Kurt Lechner, Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor.

evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista”.

Ante la falta de consecuencias contractuales en la normativa bancaria, podemos hacer uso de las normas generales en materia contractual recogidas en el Código Civil (CC) y a los remedios específicos previstos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁸⁴ (TRLGDCU), principalmente los arts. 61, 65 y 80⁸⁵.

En primer lugar, vamos a comentar los remedios previstos en el TRLGDCU, debiendo tener siempre presente que solo se aplicarán cuando el prestatario ostente la condición de consumidor conforme a lo dispuesto en el art. 3 TRLGDCU. En lo que respecta a la publicidad y promoción de préstamos hipotecarios, el art. 61 del TRLGDCU ofrece al consumidor la posibilidad de exigir que el contrato se ajuste al contenido de la oferta, promoción o publicidad, a las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas. Este contenido será exigible por los consumidores incluso cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado y deberá tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato (art. 61.2 TRLGDCU). No obstante, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas para el consumidor, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad (art. 61.3 TRLGDCU). Cuando se vulneren los derechos de los consumidores por incumplimiento de los deberes de información precontractual, el TRLGDCU en su art. 65 establece la regla de la interpretación *contra proferentem*⁸⁶, con la cual se reconstruye la cláusula contractual en beneficio del consumidor en caso de que la entidad de crédito haya incumplido sus obligaciones de información precontractual. Esta omisión de información no se refiere solo a la ausencia total de información, sino que también incluye los supuestos de información incompleta o inexacta. Esta falta de información precontractual también puede ser remediada a través de controles en las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas no negociadas individualmente. Por lo tanto, esta falta de información precontractual puede ser determinante en la no incorporación de la cláusula en el contrato, cuando no se

⁸⁴ 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.

⁸⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...”, cit., 2014, págs. 110 a 115 o CASADO NAVARRO, A., “Mecanismos de protección del cliente...”, cit., pág. 13. (acceso on line).

⁸⁶ CASADO NAVARRO, A., “Mecanismos de protección del cliente...”, cit., pág. 13. (acceso on line).

supere del control de incorporación previsto en el art. 80.1 TRLGDCU, incluso puede conllevar a la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, cuando ésta no sea transparente.

En cuanto a los remedios generales previstos en el CC, la falta de la información precontractual obligatoria puede conllevar a la anulación del contrato por vicios en el consentimiento (arts.1265 y 1300 CC). Esta acción caducará a los cuatro años desde la perfección del contrato (art. 1301 CC). Existirá error, si la falta de entrega de la FIPER o sus anexos, o la información contenida en ésta fuese deficiente. Provocan en el consumidor una falsa representación de los elementos esenciales del contrato afectando a su formación de voluntad. Para que este error pueda ser invalidante del consentimiento han de cumplirse una serie de requisitos establecidos por la jurisprudencia⁸⁷:

-Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele palatinamente su esencialidad.

-Que el error no sea imputable a quien lo padece.

-Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

-Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció, ello empleando una diligencia media o regular.

El incumplimiento de la información precontractual también puede ser constitutivo de dolo al vulnerarse el principio de buena fe que exige el C.C en las relaciones contractuales. La existencia de dolo permite solicitar a la parte afectada por el mismo (en éste caso los consumidores) la anulación del contrato de acuerdo con los arts. 1300 y ss. CC, si el dolo es de especial gravedad. En el caso de que el dolo sea considerado incidental, la parte afectada podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios (1270.2 CC). Para que exista la concurrencia de este vicio del consentimiento, es necesario que una de las partes adopte una actitud artificiosa, con el fin de engañar a la

⁸⁷ ENRICH GUILLÉN, D., “Análisis jurídico del alcance de la subjetividad en el error como vicio invalidante del consentimiento” (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4923-analisis-juridico-del-alcance-de-la-subjetividad-en-el-error-como-vicio-invalidante-del-consentimiento/>)

otra parte y así obtener una voluntad viciada (ésta conducta ha de provocar un error en la otra parte que sea determinante en su declaración de voluntad)⁸⁸.

En lo que respecta a la indemnización por daños y perjuicios *in contrahendo*, estos serán pertinentes en supuestos de anulación del contrato por vicios en el consentimiento. Este derecho a ser indemnizado también existe en los casos en que el contrato es válido, pero la falta de entrega de la información precontractual obligatoria, o su falta de contenido provoque daños al consumidor.

Por el contrario, en cuanto a la evaluación de solvencia, su incumplimiento no afectará a la validez y eficacia del contrato, pues el art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011 lo dice expresamente: *“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 cambio, en el ámbito europeo el art. 18.4 de la Directiva 2014/17/UE prevé la prohibición de que el prestamista sea quien anule o modifique el contrato en detrimento del consumidor en base a una incorrecta evaluación de solvencia⁸⁹.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- Una de las principales causas de la crisis financiera de principios de 2008 fue la concesión irresponsable de créditos hipotecarios. Esto fue debido a una actuación imprudente de las entidades de crédito, a un crecimiento insostenible de la oferta y la demanda de los préstamos hipotecarios, una normativa obsoleta y a la poca educación financiera de los consumidores españoles.

Segunda.- La normativa española anterior a la crisis económica, estaba dispersa en numerosos cuerpos normativos y, además, sufría constates modificaciones. No obstante, aunque de manera obsoleta y deficiente ya se regulaban materias como el control en la publicidad de las entidades de crédito, normas sobre transparencia e información a la

⁸⁸ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, pág. 112.

⁸⁹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual...” *cit.*, 2014, pág. 111.

clientela de productos y/o servicios bancarios en la fase precontractual o la oferta vinculante.

Tercera.- En el ámbito europeo, la protección de los consumidores de préstamos hipotecarios ha sido fundamental, incluso antes de la crisis financiera que afectó a la Unión Europea. Ya desde el año 2000 la Unión Europea ha venido regulando esta cuestión a través de diversos mecanismos como: códigos de conductas, recomendaciones... Pero todo ello, en la práctica resultaba inútil o, por lo menos, no conseguía el impacto perseguido. Este proceso culminó con la adopción de la Directiva 2014/17/UE, con la cual se pretende crear un mercado hipotecario europeo más transparente y eficiente, además de proporcionar un mayor nivel de protección a los consumidores. Esta Directiva 2014/17/UE tiene como objetivo regular la contratación de préstamos hipotecarios entre entidades de crédito y personas físicas ajenas a su actividad económica, estableciendo para ello determinadas normas de conducta dirigidas a las entidades de crédito para una concesión más transparente y responsable de crédito hipotecario.

Cuarta.- La normativa española posterior a la crisis ha sufrido importantes cambios, pero aun así sigue estando dispersa en numerosos cuerpos normativos. Las normas más importantes son la Orden EHA/1718/2010 y la Orden EHA/2899/2011 que son las encargadas de regular la publicidad de servicios bancarios; y la información precontractual y evaluación de solvencia en los servicios y productos bancarios (respectivamente). Pero con la adopción de la Directiva 2014/17/UE muchas de las normas previstas en la Orden EHA/1718/2010 y la Orden EHA/2899/2011 requieren de adaptación al texto comunitario por lo que el legislador español debe transponer urgentemente la Directiva para suplir las carencias que hay en nuestro sistema normativo.

Quinta.- La publicidad es un factor importante en la comercialización de productos y/o servicios bancarios. Por lo tanto, es importante que esta sea transparente, suficiente y objetiva; evitando así que el consumidor se vea engañado por la publicidad emitida por las entidades de crédito. En relación con esta cuestión es necesario modificar el Derecho español para obligar a que se introduzcan determinados datos en la publicidad que no están previstas en la normativa española y que, sin embargo, sí que están previstos en la Directiva 2014/17/UE, como puede ser el caso de: el importe total del crédito, la

duración del crédito, el número de pagos a plazos, el importe de las cuotas etc. Estos datos no están incluidos en Anejo de la Circular 6/2010.

Sexta.- Una buena información precontractual es de vital importancia para una correcta y eficiente concesión de préstamos hipotecarios, es por ello que las entidades de crédito tienen el deber de facilitar de forma gratuita, clara y en formato duradero toda la información que resulte relevante para que el potencial cliente pueda comparar entre las diversas ofertas que le dan las entidades de crédito, y elegir la que más se adapte a su condición económica, a sus objetivos y a sus preferencias.

Séptima.- Además de una buena información precontractual de carácter general, es importante que una vez estudiada la situación económica y las preferencias del cliente, la entidad de crédito suministre al potencial consumidor una información personalizada en base a sus circunstancias y a la información suministrada antes de que este quede vinculado por cualquier contrato. En relación con esta cuestión es necesario modificar el Derecho español para introducir la FEIN en nuestro ordenamiento jurídico, pues según la Directiva 2014/17/UE la FEIN es de obligada transposición. La FIPER cumple una función similar, pero su regulación y contenido no es plenamente conforme con los exigidos por la normativa comunitaria.

Octava.- Es importante que una vez se haya suministrado la información personalizada comentada anteriormente, y el cliente y la entidad de crédito hayan mostrado su voluntad de contratar un préstamo hipotecario; se haga entrega al cliente de una oferta vinculante que contenga las cláusulas y condiciones suministradas en la información personalizada y se le dé un periodo de reflexión en el cual pueda decidir si contratar el préstamo hipotecario o no. En lo que respecta a esta cuestión, la normativa europea supone un atraso con respecto a la normativa española; pues la Directiva 2014/17/UE establece un plazo vigencia de la oferta vinculante de siete días como mínimo, en el cual el consumidor podrá optar por la oferta o por desistir de la misma, en cambio en la Orden EHA/2899/2011 este plazo es de como mínimo catorce días. No obstante, la normativa española también ha de ser modificada, pues la actual regulación no obliga a formular siempre una oferta vinculante, previendo tan solo que el prestatario pueda solicitarla.

Novena.- Las entidades de crédito deben dar al cliente las explicaciones adecuadas y el asesoramiento que este necesite para entender las cláusulas complejas del contrato y

advertirle de las consecuencias que pueden derivar de su incumplimiento. Estas explicaciones siempre deben darse teniendo en cuenta el interés del consumidor y su condición financiera y personal. En relación con esta cuestión es necesario modificar el Derecho español para reforzar el deber de asesoramiento en materia bancaria, pues la Directiva 2014/17/UE establece una serie de obligaciones con respecto a este servicio que refuerzan su objetividad e imparcialidad en beneficio del consumidor. La regulación europea contrasta con la ambigüedad con la cual regula la Orden EHA/2899/2011 el servicio de asesoramiento.

Décima.- En la concesión de préstamos hipotecarios es muy importante una correcta evaluación de solvencia del prestatario, pues con ella se busca una concesión responsable de crédito, concediendo crédito sólo a aquellas personas que sea probable que puedan cumplir con sus obligaciones crediticias. Con ello se protege tanto a los consumidores como a las entidades de crédito favoreciendo así a su estabilidad financiera. En este ámbito, la normativa española deberá adaptarse a la Directiva 2014/17/UE, en la cual se prohíbe a las entidades de crédito conceder cualquier préstamo hipotecario cuando la evaluación de solvencia resulte negativa. En cambio, la Orden EHA/2899/2011 permite a las entidades de crédito conceder el préstamo hipotecario aun cuando la evaluación de solvencia recomienda lo contrario, pues ésta se realiza sin perjuicio de la libertad de contratación que existe entre las partes.

Décimo primera.- El incumplimiento por parte de las entidades de crédito de sus deberes en la concesión de préstamos hipotecarios sólo conllevan sanciones administrativas, sin tener efecto alguno específico en el ámbito contractual. Algo que, en mi opinión, está mal regulado, ya que no es lógico que a pesar de que la entidad de crédito ha sido irresponsable en su actuación y no ha cumplido con sus deberes precontractuales, el cliente del préstamo hipotecario continúe haciendo frente a sus obligaciones contractuales. Esto es algo que tendría que cambiar en nuestro ordenamiento jurídico, pues de no ser así muchas de las obligaciones impuestas a las entidades de crédito pierden sentido en la práctica.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CONSULTADOS

1. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea.” *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha*, 2014 (accesible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/07/Comentario-e-interpretaci%C3%B3n-de-la-nueva-Directiva-en-materia-hipotecaria-.pdf>)

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista CESCO*, nº 17/2016, págs. 159-168. (Accesible *on line* en Dialnet Plus).

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “Primerísimas observaciones al anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Revista CESCO*, nº 20/2016, págs. 42-73 (accesible *on line* en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1239>).

ARROYO AMAYUELAS, E., “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº2, 2017 (accesible *on line* en <http://www.indret.com/pdf/1304.pdf>).

CASADO NAVARRO, A. “El control de transparencia como «llave» del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas” en *LA LEY mercantil*, nº11, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, 2015 (accesible *on line* en Dialnet Plus).

CASADO NAVARRO, A. “Mecanismos de protección del cliente de servicios bancarios en la fase precontractual” en *Diario La Ley*, nº 8531, Sección Doctrina, 2015 (accesible *on line* en Dialnet Plus).

CASADO NAVARRO, A., «La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores», en *Diario La Ley*, nº 8636, Sección Doctrina, 2015 (accesible *on line* en Dianlet Plus).

CATENA REAL, R., “La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios” en *Diario La Ley*, nº 8402, Sección Doctrina, 2014 (accesible *on line* en Dialnet Plus).

CATENA REAL, R., “La situación de endeudamiento tras el boom inmobiliario. El crédito irresponsable: medidas que fomentan un endeudamiento responsable”, *Diario La Ley*, nº 8448, Sección Doctrina, 2014 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, 2013 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J., “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento” *RDBB* nº 130, 2013 (accesible *on line* en http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Paginas_desdeRevista_de_Derecho_Bancario_y_Bursatil_N%C2%BA_130_Abril-Junio_2013.pdf).

DÍAZ ALABART, S., “Contratación de créditos hipotecarios y protección del consumidor (Directiva 2014/17, de 4 de febrero)” *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa / coord.* Por María del Mar Heras Hernández, 2015, págs. 281-311.

DÍEZ GARCIA, H., “Capítulo 10: Financiación hipotecaria a consumidores: transparencia, información y cláusulas abusivas” en *Acceso a la vivienda y contratación*, Parra Lucán (dir), Tirant Lo Blanch - Homenajes y Congresos, Valencia, 2015, p. 387 y ss.

ENRICH GUILLÉN, D., “Análisis jurídico del alcance de la subjetividad en el error como vicio invalidante del consentimiento” (accesible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4923-analisis-juridico-del-alcance-de-la-subjetividad-en-el-error-como-vicio-invalidante-del-consentimiento/>).

GARCÍA DE PABLOS, J.F., “La nueva directiva sobre hipotecas.”, *Revista Aranzadi Doctrina*, nº 5/2014, 2014 (accesible *on line* Aranzadi Digital).

GARCÍA RUBIO, M^a. P., “La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. (Comentario a la STJ, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalan)” *La Ley Unión Europea*, n.º 16, Año II, Junio 2014 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios”, en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Alonso Pérez (dir), Thomsosn-Reuteurs Aranzadi, Pamplona 2014, pág. 59 y ss.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista CESCO*, nº 5/2013, 2013, págs. 64-95 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

MARTINEZ ESPÍN, P., “El nuevo régimen de la publicidad de los servicios bancarios y los productos de inversión”, *Revista CESCO* (accesible en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2010/6-2010-4.pdf>).

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)” en *Diario La Ley*, nº 7778, Sección Doctrina, 2012 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

MELERO BOSCH, L.V., “Concesión irresponsable de crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 24, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2016 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

ORDÁS ALONSO, M., “La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9, 2009 (accesible *on line* en Dialnet Plus).

PÉREZ RIVARES, A., “Transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios”, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Muñiz Espada (cord.), Edisofer, Madrid, 2009, pág. 67 y ss.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº2, 2015 (accesible *on line* en Dialnet Plus).

PLAZA PENADES, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo” en *Diario La Ley*, n.º 8112, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2013, 2014 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

REYES LOPEZ, M, J., “Aspectos básicos de la directiva 2014/17/UE” *Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE*, .nº 5, 2016 (accesible en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/151.pdf>).

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, Primer semestre de 2012 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

SIMÓN MORENO y NASARRE AZNAR, S., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014” *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 139, 2015, págs. 11-55 (accesible *on line* en https://www.researchgate.net/profile/Isabel_Fernandez_Torres/publication/309770382_Revista_RDBB_139-p212/links/5822dd9d08ae61258e3a2615/Revista-RDBB-139-p212.pdf?origin=publication_list).

TOMÁS MARTÍNEZ, G. y GÓMEZ URQUIJO, L., “La protección al cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza financiera europea”, *Diario La Ley*, nº 7842, Sección Doctrina, 2012 (accesible *on line* en La Ley Digital 360).

ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios” *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 16, 2014 (accesible *on line* en http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/zunzunegui-wp-2_2015-evaluacion-de-la-solvencia-en-la-concesion-de-creditos-hipotecarios.pdf).

2. Legislación

2.1 Normativa comunitaria

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.

2.2 Normativa estatal

Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Ley 7/1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito

Arts. 29 y 30 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

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.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (Transposición de 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 1093/2010.)

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.

Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Orden, 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.

Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

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.

2.3 Normativa Comunidades Autónomas

Ley 20/2014, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio de 2010, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

3. Jurisprudencia

STJUE, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980)

STS, Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903)

4. Documentos de interés

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2009 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html). (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2010 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html). (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2011 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html). (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2012 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html). (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2013 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html). (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2014 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html) (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España año 2015 (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/index2005.html) (Consultado el día 15 de febrero de 2017).

Sobre el anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, (http://www.elderecho.com/actualidad/Anteproyecto-Reguladora-Contratos-Inmobiliario-proteccion-consumidor-creditos-hipotecarios_0_1057875012.html) (Consultado el día 8 de mayo de 2017.)

ANEXO