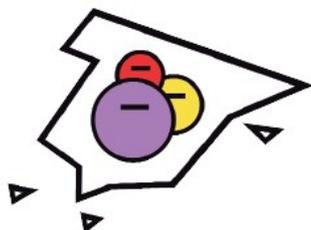


LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA BANCARIA

BALANCE DE 20 AÑOS Y ANÁLISIS DE SUS RECIENTES REFORMAS

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid



ADICAE

Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros

Madrid, 12-12-2012

Jornadas: 'La restructuración
del sector bancario y su
repercusión en los derechos de
los consumidores y usuarios'

ADICAE

LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA BANCARIA. BALANCE DE 20 AÑOS Y ANÁLISIS DE SUS RECIENTES REFORMAS.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

La normativa de transparencia ha tenido siempre lugar en España a través del desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Este precepto que tiene por finalidad proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito y, sin perjuicio de la libertad de contratación, dota al Ministerio de Economía y Hacienda de la facultad de dictar normas necesarias para tutelar las citadas relaciones entre las entidades de crédito y su clientela y conducir las a la máxima transparencia. El primer desarrollo reglamentario que vino a dar contenido a la mencionada regulación tuvo lugar con la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipo de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito que, vino a representar el marco general de regulación de las cuestiones esenciales sobre el tráfico financiero minorista, tales como comisiones, tipos de interés o las comunicaciones con el cliente. Fue, a su vez, esta Orden objeto de desarrollo mediante la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Poco después, se hizo de nuevo uso de la citada potestad reglamentaria para abordar la regulación del préstamo hipotecario, servicio bancario minorista por excelencia. En este sentido, con el objeto de facilitar al cliente una perfecta comprensión de las implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Tanto esta Orden como la anterior han quedado derogadas por la Orden EHA/2889/2011, tal como establece su Disposición Derogatoria única.

Con posterioridad, los avances en la legislación financiera de transparencia han tenido lugar en áreas sectoriales. Es el caso de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contrato de crédito al consumo, dedicada a este servicio bancario específico; la Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contrato de préstamo o créditos, que extienden el régimen de transparencia a otros

intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito; y, en rango reglamentario, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. En este punto, había que enfrentarse a una realidad que, toda la normativa reseñada había quedado injustificadamente obsoleta, de un lado, debido a los avances de la regulación sectorial acometidas en áreas concretas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad; y, de otro, por la enorme transformación que la comercialización de los servicios bancarios habían experimentado desde los primeros años noventa hasta la actualidad. Una transformación que estaba estrechamente vinculada a circunstancias como la enorme expansión del crédito, especialmente el hipotecario, sobre todo en la época de *boom* inmobiliario, asimismo, al aumento y total generalización del acceso minorista a los servicios bancarios, a la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad, a la difusión del empleo en las nuevas tecnologías en las relaciones con los clientes, y, por supuesto, a la profunda crisis del sector financiero durante estos últimos años.

En este contexto, un avance sustancial en materia de transparencia bancaria se ha llevado a cabo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, tiene por objeto introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible, pues, dentro del Capítulo III dedicado a los Mercados Financieros, sección 1ª “Transparencia y gobierno corporativo”, dispone en su artículo 29 bajo la rúbrica la responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros, lo que debe entenderse por préstamo responsable. A tal efecto señala que, 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. Dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

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

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado segundo del citado precepto, las entidades de crédito habrán de llevar a

cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

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

Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades deberán facilitar a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.

Por otra parte, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo que, como veremos ha tenido fiel desarrollo en una normativa posterior. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que podrán tener el contenido siguiente:

1. Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan: a. Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; b. La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; c. La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; d. La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; e. La

información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor; f. El respeto de las normas de protección de datos.

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

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

Ahora bien, lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.

En todo caso, podemos decir que esta Ley 2/2011 no sólo ha supuesto un significativo avance en materia de transparencia bancaria, sino que, además ha aportado un enfoque novedoso. Al plasmar normativamente, en los términos reseñados, el concepto de responsabilidad en la concesión de préstamos a los consumidores por las entidades de crédito, obligando a éstas a llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes, de acuerdo con un conjunto de criterios y prácticas que también se enumeran en el citado artículo 29; y, por otro, como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, ha facultado al Ministerio de Economía y Hacienda para que “apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito” en el plazo de seis meses,

En uso de la anterior habilitación se ha promulgado en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios¹, que pretende concentrar y sistematizar en un solo texto toda la normativa básica de transparencia para mejorar su claridad y accesibilidad al ciudadano, al mismo tiempo actualizar el conjunto de previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de mejorar y aumentar las obligaciones de transparencia y

¹ Boletín Oficial del Estado, núm. 261, de 29 de octubre de 2011, pp. 113242 a 113283.

racionalizar la conducta de las entidades de crédito; y, en fin, desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere a préstamo responsable, para lo cual se introducen las obligaciones correspondientes para 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 operaciones. A estos efectos, se diseña un sistema basado en la evaluación de la solvencia que, tiene por objeto la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debe, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito de la población, sino un estímulo legal al comportamiento adecuado y prudente de las relaciones entidades y clientes.

Adicionalmente, esta norma aborda el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior de 1994. Es por ello que, el nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa nacional y europea de crédito al consumo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información tanto de carácter precontractual como contractual. A todo esto se añade otra herramienta más específica como la difusión de una Guía Informativa adaptada a este producto que permitirá profundizar en la necesaria educación financiera de los clientes. Por otra parte, hay que señalar que, también se refuerza en esta Orden específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios que se prestan, así las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de tales servicios vinculados habitualmente a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, por lo que la citada norma no hace otra cosa sino reforzar al máximo las obligaciones de transparencia y difusión de la información relevante, que el cliente debe ponderar y conocer antes de su contratación. En el mismo marco y en lo que se refiere a la hipoteca inversa, la Orden viene a ejecutar el desarrollo de lo previsto en la Disposición Adicional primera de la 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. Finalmente, en esta norma se prevé la posibilidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional y la necesidad de aumentar la elección de tipos, al tiempo que éstos se ajustan al coste real de obtención de recursos por las entidades de

crédito (referencia interbancaria a un año (Euribor); y, como novedad permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años)².

Sobre tales bases, esta Orden tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medios de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios.

A tal fin, y en línea con las reformas acometidas en buena parte del Derecho comparado, mejora las exigencias en materias tales como información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información precontractual, servicios financieros vinculados, etc. La Orden incluye, asimismo, una mención expresa al asesoramiento, con el fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente y, valorando adecuadamente su situación y

² El artículo 26 Tipos de interés variable dispone que: “1. En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a. Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b. Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. 2. En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada a la que se refiere el artículo 22, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. 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 referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor”.

Por su parte, el artículo 27 con relación a los tipos de interés oficiales. Señala que “1. A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales: a. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. b. Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. c. Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. d. Referencia interbancaria a un año (Euribor). e. Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años. f. El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre sobre introducción al euro. 2. Los tipos se publicarán mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y estarán también disponibles en la página electrónica del Banco de España. 3. La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España”.

Finalmente, el artículo 28 en relación con los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés precisa que: “1. A los efectos del cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y la consiguiente compensación por riesgo de tipo de interés a los que se refiere el artículo 9.2 de la 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, se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización. 2. Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés. 3. La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España”.

el conjunto de servicios disponibles en el mercado. De este modo, se distingue tal servicio de la directa comercialización por parte de las entidades de sus propios productos, actividad sometida al régimen de transparencia y explicaciones adecuadas. Finalmente, se reconoce de manera definitiva los medios electrónicos como mecanismos a todos los efectos equiparables al tradicional soporte papel, en la relación de las entidades de crédito con sus clientes.

Se aplica a todo 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 (artículo 2.1), por lo que quedan excluidas completamente las personas jurídicas. Si la persona física actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial “las partes podrán acordar” que toda la orden o parte de ella no se aplique, salvo en los referentes a hipotecas (artículo 2.4).

Sobre tales bases algunas de las medidas que se propugnan son: 1) En el artículo 10 se posibilita el asesoramiento bancario remunerado *“cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto. La prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta orden ministerial e implicará la obligación de las entidades de 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 tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencia y objetivos. 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”*. De forma que, actuando en “el mejor interés del cliente”, se les va a cobrar cuando soliciten información sobre productos o servicios bajo la forma de un asesoramiento bancario remunerado, con lo que se pone precio a lo que, por una parte, representa una actuación habitual y común en toda relación comercial, y, por otra, a lo que constituye una obligación de la entidad máxime si tenemos presente lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007; 2) La intensificación de los deberes de transparencia en relación a los productos vinculados, como la tasación, los seguros, las tarjetas y demás productos que puede contratarse con ocasión de la concesión de un

préstamo (artículo 12). En particular, se ha de tener en cuenta el servicio de gestión del documento, que no lo presta directamente la entidad acreedora, sino una gestoría que la misma impone al cliente, y que normalmente se extiende no sólo al documento en el que se formaliza el préstamo, sino a las escrituras conectadas con aquél (cancelaciones de hipoteca). Deberá exigirse una información exacta de los productos y de su coste, con su inclusión obligatoria en la oferta vinculante; 3) Por lo que respecta a las comisiones, hay un retroceso para el consumidor, pues, serán las que “se fijen libremente entre las entidades y clientes” (artículo 3), aunque la realidad es que son impuestas por los bancos y, para nada son el resultado de un libre pacto. La Orden de 12 de diciembre de 1989, en su norma quinta obligaba al previo registro de las comisiones en el Banco de España, y facultaba a éste para revisar si las tarifas de las comisiones habían sido redactadas de forma clara, concreta y fácilmente comprensibles para el cliente antes de proceder a su aplicación. Sin embargo, la nueva orden suprime el Registro como la revisión posterior por el Banco de España. Asimismo, indica que el Banco cumple con poner a disposición de los clientes no ya las comisiones concretas que cobra o le van a cobrar, sino “las habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia” (artículo 3.2), esto es, si al cliente se le presta de manera efectiva un servicio, se le podrá cobrar una comisión de cuya cuantía no haya sido previamente informado, por no ser habitual; 4) Se impone a las entidades de crédito, antes de celebrar cualquier contrato de crédito o préstamo, 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 (artículo 18)³. Lo que, igualmente, hacía

³ El artículo 18 *Evaluación de la solvencia* dispone que. “1. La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

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

2. Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades de crédito, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos: a. La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual: 1. Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente. 2. Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha ley orgánica y su normativa de desarrollo. 3. Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral. b. La

referencia el artículo 29 de la Ley 2/2011, relativa al préstamo responsable. Si bien, hay que señalar que, en ambos preceptos no se contiene una prohibición expresa de conceder préstamos ante evaluaciones negativas. Y, asimismo, no se pronuncia la Orden sobre el tratamiento de los datos (expedientes), cuando se deniega el préstamo al solicitante; lógicamente debería ser eliminados de la correspondiente base de datos de la entidad; 5) En lo que se refiere a los préstamos hipotecarios, el Banco de España elaborará una “Guía al Préstamos Hipotecario” con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación⁴; por su parte, las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que lo soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que serán gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el Anexo I de la Orden. Esta ficha estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad (artículos 20 y 21). El artículo 30 establece también como deberes notariales de información y control, la de denegar la autorización de la escritura cuando no se cumpla

valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías. c. En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta la información a la que se refiere la letra anterior. d. En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

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

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

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

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

De todas formas, conviene precisar que, este último apartado recoge una cláusula de exención de responsabilidad que es muy útil para las entidades.

⁴ No obstante, no se indica el plazo del que dispone el Banco de España para su elaboración, ni la forma en que la misma se va a desarrollar y si va a existir participación de los diferentes operadores.

con lo previsto en esta orden. Asimismo, reconoce la libre elección de notario, si bien, este derecho no figura en la información precontractual (FIPRE), y la ficha de información personalizada (FIPER): igualmente, da por supuesta la validez de las cláusulas suelo o techo, exigiendo simplemente que se informe específicamente de su existencia tanto por el Banco (artículo 25) -al recogerse en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima-; como por el notario (artículo 30.3 b.3); 6) Asimismo, en relación con los préstamos hipotecarios, por lo que se refiere a la oferta vinculante, a diferencia de la Orden de 5 de mayo de 1994, donde la oferta era obligatoria en todo caso, y el banco debería entregarla sin necesidad de que el posible cliente lo solicitase (artículo 5), en este Orden no es obligatoria, salvo que el cliente lo pida (artículo 30.3 a); no obstante, la entidad queda obligada a estar y pasar por las condiciones de la oferta en el plazo de 14 días naturales; de forma que, el deudor deberá aceptarla dentro de dicho plazo; 7) Como novedad relacionada con los préstamos cuya finalidad sea la adquisición de vivienda deberá hacerse constar el derecho que asiste al cliente para designar, de mutuo acuerdo con la entidad de crédito, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación (gestoría), así como de la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la formalización del préstamo (sección 4, punto 3 de las Instrucciones para cumplimentar la ficha de información personalizada –FIPRE-). Lo cierto es que, hasta ahora el Banco imponía para asumir tal competencia una gestoría de su propiedad o asociada, no permitiendo ninguna elección al cliente, y de los costes de su trabajo se enteraba el deudor, cuando recibía la escritura y la devolución del sobrante de la provisión de fondos; 8) Se establece límites a los intereses moratorios, bien mediante la fijación de tipos máximos, o bien mediante la obligatoriedad de referirlos para su determinación al interés remuneratorio a través del expediente de añadir unos puntos porcentuales a dicho interés (artículos 26 y 28); así como el establecimiento de límites a la hora de fijar la cifra de responsabilidad hipotecaria; 9) En materia de educación financiera precontractual, en los términos expuestos, se obliga a las entidades a poner a disposición de sus clientes la Ficha de Información Personalizada (FIPER), y la Ficha de Información Precontractual (FIPRE); 10) Finalmente, en materia de hipotecas se establece sin restricciones que las entidades financieras puedan ofrecer a sus clientes productos complementarios como

son los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés –swaps, clips-, desconocidos para la mayoría de las personas (artículo 24)⁵.

En esta Orden EHA/2899/2011 se faculta expresamente al Banco de España para dictas las normas precisas para su desarrollo y ejecución. Además de esta habilitación de carácter general, a lo largo de su articulado contiene varias habilitaciones particulares y, en otras ocasiones, impone determinadas obligaciones específicas al Banco de España. Fruto de tal habilitación general es la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencias de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión del préstamo⁶. En consecuencia, esta Circular que, sustituye a la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, persigue desarrollar de manera ordenada y consistente el conjunto de mandatos, que contiene la citada Orden EHA/2889/2011. De esta forma, mediante el conjunto normativo formado por ambas normas –la Orden y la Circular- se pretende configurar un nuevo marco de actuación, dotado de una estructura sistemática, con vocación de permanencia y estabilidad, y claramente orientado a la protección de los clientes de los servicios bancarios, que deberá ser de aplicación en lo sucesivo precisamente en las relaciones entre estos y las entidades de crédito.

Las principales novedades de esta Circular en relación con la anterior se concretan en la información que las entidades deberán poner a disposición del público sobre los tipos de interés y las comisiones, en sustitución de las actuales declaraciones de tipo preferencial y de los tipos orientativos para otras operaciones activas y de los folletos de tarifas máximas de comisiones. Así con el fin de cumplir con el mandato impuesto por la Orden sobre la obligación de las entidades de poner a disposición de los clientes, en un formato que deberá determinar el Banco de España, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que se prestan con mayor frecuencia, así como las comisiones que habitualmente se perciban, también en relación con los servicios que se prestan con mayor frecuencia, se ha creado un documento que, bajo formato homogéneo, pretende responder a tal exigencia y que se contiene en el Anejo 1, y, en el que se seleccionan diversas operaciones que, se consideran como las más habituales de las entidades en sus relaciones con los consumidores. Dicha información se actualizará

⁵ Vid., sobre esta Orden, PÉREZ HERESA J., “Propuestas para la protección del deudor hipotecario”, *El Notariado del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 41, enero-febrero 2012*, pp. 15-16; GOMÁ F., “Análisis y crítica de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios”, *El Notariado del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 40, noviembre-diciembre 2011*, pp. 190-194.

⁶ Boletín Oficial del Estado, número 161, de 6 de julio de 2012, pp. 48855 a 48906.

trimestralmente al tiempo de enviarla al Banco de España, conforme a lo previsto en la norma decimosexta. Cuando la entidad no preste a su clientela, alguno de los servicios reflejados en el anejo 1, hará constar expresamente en ese apartado del formato establecido en dicho anejo, la expresión “NO PRACTICADO”. En todo caso, los datos facilitados servirán de indicación sobre la política de precios de las entidades, lo que permitirá el seguimiento en la evolución de tal política de precios en cada una de las entidades, además de facilitar las comparaciones entre entidades, y que serán publicados en las páginas del Banco de España en internet.

Asimismo, se incluye en esta Circular una norma dedicada a precisar el alcance del deber de diligencia que la Orden impone a las entidades, especialmente en lo que se refiere a las explicaciones que deben facilitar a los clientes en el caso de operaciones bancarias más complejas de lo normal o con riesgos particulares.

En el capítulo III de esta Circular también se desarrolla otra de las exigencias introducidas en la Orden, como es la obligación de las entidades de crédito de facilitar al cliente, de forma gratuita, determinada información precontractual para que pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y pueda comparar ofertas similares. Esta información mínima, que, por primera vez alcanza a las operaciones de depósito, deberá ser clara, suficiente y objetiva, y no engañosa, y habrá de entregarse con la debida antelación en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta, y en todo caso, antes que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta (norma sexta). Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez.

En todo caso, se establece con carácter general que, antes de prestar cualquier servicio bancario, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de todas las comisiones y gastos que se le adeudarán por cualquier concepto y, después de ello, le ofrecerán la posibilidad de desistir de la operación, de forma igualmente gratuita. En el caso particular de préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otras similares, ocasionados por la concesión de los mismos, y no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y su importe. Asimismo, se detallan en esta norma sexta determinados servicios bancarios, en especial los de depósito, para los que se especificará en cada caso que, información concreta se debe proporcionar.

Ahora bien, en uso de la habilitación al Banco de España para que resalte los elementos esenciales de esa información precontractual, también se ha establecido reglas para que se destaquen, de un modo uniforme, ciertos elementos de las operaciones. En relación con los elementos esenciales que se deben contener en esa información precontractual, también se establecen reglas para que destaquen de un modo uniforme, ciertos elementos de las operaciones. Con ello, se pretende llamar la atención a los clientes sobre los que constituyen los elementos esenciales del negocio que les ofrecen. Igualmente, se establece un tamaño mínimo de letra que se ha de utilizar en cualquier documento de información precontractual o contractual, con el fin de garantizar que toda ella resulte fácilmente legible para cualquier cliente bancario. A tal fin en la norma séptima que se precisa que, la letra a utilizar en los documentos de información tendrá un tamaño apropiado para facilitar su lectura; en todo caso, se indica que la letra minúscula que se emplee no podrá tener una altura inferior a un milímetro y medio. Asimismo, cualquiera que, sea el medio que se utilice para destacar esta información, como por ejemplo, negritas o mayúsculas, no podrá utilizarse para ninguna otra información, incluidos los títulos del documento. En todo caso, en la cabecera de los documentos de información precontractual deberá incluirse un mensaje de advertencia al cliente de que las informaciones resaltadas son especialmente relevantes.

En cuanto a la información contractual e información posterior al contrato, se extiende a todos los servicios bancarios la obligación de las entidades de crédito de entregar al cliente, con independencia de que éste lo solicite o no, el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalicen dichos servicios, y, en cuanto al contenido de los documentos contractuales, se vienen a desarrollar y sistematizar algunos de los contenidos financieros. En todo caso, la entrega y el contenido de los contratos correspondientes a la prestación de servicios bancarios de crédito al consumo, según se define en la Ley 16/2011, se regirá por lo dispuesto en dicha Ley; y, en lo no previsto en la misma, será de aplicación la Orden EHA/2889/2011, y esta Circular, en particular, la letra a) del apartado 2 de la norma décima. Si bien, la entrega y el contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios de pago se determinará conforme a lo previsto en la Orden EHA/1608/2010.

Sin perjuicio de lo indicado en líneas precedentes, será obligatoria la entrega al cliente del documento contractual en el que se formalice la prestación de los servicios bancarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Orden, incluidos los documentos contractuales en los que se acuerde con el cliente la posibilidad de acceder

a los sistemas telefónicos o electrónicos que, permitan la contratación o utilización de los servicios bancarios ofrecidos por la entidad. Para ello, las entidades entregarán a los clientes de manera gratuita el documento contractual en la forma convenida por las partes. Dicha entrega deberá realizarse, bien en soporte electrónico duradero que permita su lectura, impresión, conservación y reproducción sin cambios, bien mediante copia en papel entregada al cliente en el acto de la contratación o mediante envío postal posterior. Recordemos que, la Orden EHA/2899/2011 determina también que, las entidades deberán entregar a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación con un contenido mínimo, y faculta al Banco de España para establecer unos modelos normalizados de liquidaciones. En uso de esta habilitación, la norma undécima establece el contenido de dichas comunicaciones y el Anejo 4, los modelos para las más habituales, siguiendo los formatos ya vigentes, pero incluyendo algún contenido adicional en casos concretos.

Dentro de las comunicaciones a los clientes la citada Orden EHA/2899/2011 ha introducido como novedad relevante, la obligación de las entidades de crédito de remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación – cuyo modelo determinará el Banco de España- en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información prevista en la propia Orden sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior. Este modelo de comunicación es el que se contiene en el Anejo 5 de la Circular.

En la línea de promover la concesión de un préstamo responsable incorporado, como hemos indicado, inicialmente en el artículo 29 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y posteriormente en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, en la norma duodécima se precisa que, las entidades que concedan préstamos o créditos a sus clientes, deberán contar de un modo adecuado al volumen de sus operaciones, características y complejidad de las mismas, con concretas políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos a dichas clientela, incluyendo una política de oferta y comercialización de operaciones que, asimismo, comprenda criterios de remuneración de las personas encargadas de su comercialización, adecuadamente documentados y justificados, que hayan sido aprobados por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente que, en el marco de los extremos contenido en el artículo 18 de la Orden, integren los principios generales que se mencionan en el anejo 6 de esta Circular. En todo caso, las referidas

políticas, métodos y procedimientos debidamente actualizados, así como los documentos en que se justifiquen y acrediten su aprobación por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente, deberá mantenerse en todo momento a disposición del Banco de España. Todo ello debe entenderse sin menoscabo de la libertad de contratación a que se refiere el apartado 6 del artículo 18 de la Orden, de la plena validez y eficacia de los contratos, y de la plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que, contractualmente hubiera asumido.

Finalmente, se ha de indicar que, en el capítulo VI se establece la forma de cálculo de los tipos de interés oficiales, en particular de los dos nuevos introducidos por la Orden: el vinculado a los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, destinado a la adquisición de vivienda en la zona euro, que se tomará directamente de los publicados por el Banco Central Europeo; y, el de los *Interest Rate Swap* (IRS) a cinco años, que utilizará los publicados diariamente en las pantallas habitualmente empleadas por los operadores financieros (norma decimocuarta y norma decimoquinta).

De todas formas, conviene precisar que, lo contenido en la Circular son reglas de obligado cumplimiento y a tal fin, será susceptible de verificación por parte del Banco de España en el marco del proceso de supervisión prudencial de las entidades de crédito.

Esta Circular entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el 6 de octubre de 2012, sin perjuicio de las salvedades que se contienen en la propia Disposición Final. Así lo previsto en el apartado 1 de la norma tercera y en los apartados 1 y 2 de la norma decimosexta comenzará a aplicarse el 1 de enero de 2013 sobre los servicios prestados el trimestre anterior; lo previsto en las normas quinta, sexta, séptima y duodécima comenzará a aplicarse el 1 de enero de 2013; lo previsto en la norma décima comenzará a aplicarse el 1 de julio de 2013; lo previsto en el apartado 1 de la norma undécima comenzará a aplicarse el 1 de julio de 2013, debiéndose tener presente hasta entonces lo dispuesto en la disposición transitoria primera; y, la previsión a que se refiere el apartado 2 de la norma undécima comenzará a aplicarse el 2014 sobre los servicios prestados el año anterior.

Unos meses antes a la aprobación de la citada Circular, la Comunidad de Madrid ha aprobado la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid⁷. Lo hace al amparo de la competencia legislativa de la Comunidad de Madrid en el ámbito de la protección de consumidores, de acuerdo con

⁷ Boletín Oficial del Estado, número 149, de 22 de junio de 2012, pp. 44602 a 44606.

lo establecido en el artículo 27.10 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, dentro del marco de la legislación básica del Estado y, asimismo, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de la Constitución Española, que determinó la aprobación de la Ley 11/1998, de 9 de julio de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, en la que se establece los derechos de los consumidores y su protección jurídica, administrativa y técnica, y entre otros derechos básicos de los consumidores madrileños, se indica en su artículo 3, la protección de sus legítimos intereses económicos y el derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes, productos y servicios. De ahí que, la finalidad de la Ley 1/2012, sea la de garantizar en el ámbito de las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de consumo, la transparencia de la información que las entidades de crédito y empresas deben facilitar al consumidor en la contratación referida a créditos y préstamos con garantía hipotecaria, de manera que, los consumidores dispongan de la información necesaria para la correcta comprensión de los elementos esenciales y de las implicaciones financieras del contrato. Un consumidor debidamente informado, como se señala en el Preámbulo de la Ley, podrá comparar entre las distintas ofertas y, en su caso, seleccionar la que considere más beneficiosa a sus intereses, reforzándose con ello su libertad de elección.

La Ley se estructura en un título preliminar, dos títulos y tres disposiciones finales. El título preliminar “Disposiciones generales”, se refiere al objeto y ámbito de aplicación de la norma; el título I es el relativo a la información que se debe facilitar al consumidor en la fase previa a la formalización de los contratos de crédito o préstamo con garantía hipotecaria, y, por último, el título II especifica el régimen sancionador de aplicación tipificando las infracciones a lo dispuesto en la presente Ley.

Esta Ley ha sido informada por el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 6/1991, de 4 de abril de creación de este órgano consultivo y por el Consejo de Consumo en aplicación del artículo 25.h) de la Ley 11/1998, de 9 de julio de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

Tiene por objeto, tal como dispone su artículo 1, garantizar la transparencia en la información que las entidades de crédito y empresas a las que se refiere el artículo 2⁸,

⁸ El artículo 2 b) entiende por entidad de crédito “cualquiera de las enumeradas en el apartado 1.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas”; y, se define empresa como “toda persona física o

han de suministrar en la fase previa a la formalización de los contratos de crédito y préstamo con garantía hipotecaria, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el prestatario tenga la condición de consumidor, de acuerdo con la normativa vigente, y, b) Que tales contratos se celebren en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, o deben entenderse celebrados, de acuerdo con la legislación aplicable en el territorio de la Comunidad de Madrid. Se considera consumidor por la presente Ley. “Toda persona física o jurídica que, de acuerdo con el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

Asimismo, tiene un mayor ámbito de aplicación subjetivo que, el correspondiente a la Orden EHA/2899/2011, pues se refiere a todas personas física o jurídica que, actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Si bien, puede darse el caso mencionado de ser persona física que, actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, al que la Ley no parece imponer a la entidad crediticia el deber de informar. No obstante, en lo referente a las hipotecas recordemos que, la Orden impone tal obligación de informar.

En cambio, la citada Orden EHA/2899/2011 solamente es aplicable a las personas físicas, por lo que quedan excluidas completamente las personas jurídicas (artículo 2.1), sin distinción, lo que significa que, a efectos de contratar con un Banco, se encuentran en la misma posición El Corte Inglés que por ejemplo, Carpintería Gómez. Y no solamente eso, si la persona física actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial “las partes podrán acordar” que todas la orden o parte de ellas no se aplique, salvo en lo referente a hipotecas contenido en la sección 6ª del capítulo II del título III (artículo 2.4). Traducido al lenguaje corriente, José Gómez propietario de una carpintería, acude al Santander o al BBVA a pedir un crédito para su negocio, como actúa en su ámbito profesional, el banco y él puede decidir no aplicar normas que protegen objetivamente a José Gómez como consumidor.

La información que las entidades de créditos y empresas concedentes referidas en el artículo 2 de la Ley⁹, se distribuye en tres momentos o fases:

jurídica que, no siendo entidad de crédito, realice de manera profesional, una actividad consistente en la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.a) de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”.

1. Con carácter previo a la oferta vinculante: Se exige a las entidades de crédito o empresas concedentes que faciliten al consumidor por escrito una información especialmente detallada sobre el crédito o préstamo con garantía hipotecaria, que pretenden contratar. Tal información debe tener una redacción transparente, clara, concreta y sencilla, en esencia, comprensible para el ciudadano medio. Precisamente para facilitar su comprensión y lectura se exige un tamaño de letra apropiado, evitando las engañosas letras pequeñas.

El contenido de dicha información necesariamente se concreta en el artículo 3.1 de la Ley, así, deberá contener los siguientes extremos: a) Identificación del tipo de crédito o préstamos a suscribir e identificación de la entidad de crédito o empresa concedente; b) El importe total estimativo a satisfacer por el crédito o préstamo; c) Las obligaciones que el consumidor contraerá, en caso de formalización del contrato, así como las demás condiciones contractuales del préstamo o crédito. En particular, deberán incluirse los costes de tasación, comisiones y demás gastos que sean a cargo del consumidor; d) De manera destacada deberá incluirse la especificación de si se trata de un préstamo o crédito hipotecario cuya garantía alcanza el valor de la vivienda hipotecada y al resto de los bienes presentes y futuros del consumidor, o bien, si al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, dicha garantía queda limitada únicamente al valor de la vivienda hipotecada, especificando las condiciones de cada una de las opciones.

Si no se ha pactado una limitación de la responsabilidad exclusivamente al bien hipotecado prevista en el citado artículo 140 de la Ley Hipotecaria, el artículo 1911 del Código Civil que, consagra la responsabilidad patrimonial universal, en la que el deudor responde de la deuda que, contrae con todos sus bienes presentes y futuros, determina que, si con el bien hipotecado no se cubre la totalidad de la deuda contraída, el deudor queda obligado, en los términos reseñados, con todos sus bienes presentes y futuros hasta que salde la deuda en su totalidad.

En todo caso, la forma de proporcionar tal información por parte de las entidades de crédito y empresas concedentes del préstamo o crédito con garantía hipotecaria

⁹ Por entidad de crédito se entiende “cualquiera de las enumeradas en el artículo 1.2 del Real Decreto-ley legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas; y, por empresa “toda persona física o jurídica que, no siendo entidad de crédito, realice, de manera profesional, una actividad consistente en la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 a) de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”.

deberá hacerse entregando al consumidor por cualquier medio válido en derecho, siempre que deje constancia fidedigna de su recepción por el destinatario de la misma de la totalidad de la información con el contenido antes referido.

2. Una segunda fase coincide con la realización de la tasación del inmueble, y, en su caso, de las oportunas comprobaciones de la situación registral de la finca y, una vez analizada la capacidad financiera del eventual prestatario, en este momento, las entidades de crédito o empresas concedentes, si estiman viable la operación de concesión del referido préstamo o crédito, procederán a efectuar una oferta vinculante.

Esta, como hemos señalado en líneas precedentes, deberá contener todas las menciones previstas en el Ficha de Información Personalizada que, figura como Anexo II en la Orden EHA/2899/2011, y sobre la base de lo establecido en el artículo 23 de la misma y con la exigencia de información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés contenida en su artículo 24.

3. Una tercera y última fase, incide sobre la información contractual, una vez que se acepta la oferta vinculante de forma expresa por cualquier medio por el que quede constancia de su recepción, tendrá derecho a examinar el proyecto de documento contractual y obtener copia del mismo por parte de la entidad concedente, todo ello con una antelación mínima de tres días hábiles al otorgamiento de la escritura pública ante notario.

Lo cierto es que, coincide en la exhaustividad de información que se ha de proporcionar al consumidor con lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011, pero esta Ley 1/2012 va más allá.

Así la citada Orden permite con carácter general prácticas bancarias que, deberían haberse regulado de una manera más restrictiva porque fácilmente pueden convertirse en abusivas. Una de ellas son los servicios bancarios vinculados. Es sabido que en muchas ocasiones cuando vas a un banco a pedir un préstamo personal, una hipoteca, un crédito, etc., te obligan a contratar otros productos que no has solicitado – seguros, cuenta corrientes, tarjetas de crédito...- pues, bien el artículo 12 las admite y nada más pide que, se informe al cliente del coste separado de cada servicio, y no siempre, solamente “en la medida que este coste esté disponible para la entidad”. Con relación a las llamadas cláusulas suelo y techo de las hipotecas, un tema tan polémico y tal judicializado, en los términos vistos, con numerosas resoluciones que, unas veces, las consideran abusivas y otras no, en la Orden EHA/2899/2011 se da por supuesta su validez, exigiéndose simplemente que, se informe específicamente de su existencia

tanto por el Banco (artículo 25), como por el notario (artículo 30.3.b.3). Ambos extremos son, sin embargo, de obligada información por parte de las entidades de crédito en la Ley 1/2012, lo que refuerza la posición del consumidor madrileño, como también lo son, para esta misma norma autonómica, de obligada información los productos complementarios complejíssimos conocidos como instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés entre los cuales se encuentran los polémicos swaps, clips que, no lo entienden ni siquiera quienes los ofrecen, pese a como precisa el artículo 24.3 de la Orden EHA/2899/2011, no será necesario que, en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura, se contrata con esa finalidad respecto del préstamo; y que la información de estos productos se recogerá en un Anexo de la Ficha de Información Personalizada.

Por otra parte, recordemos en esta Orden no se considera obligatoria la entrega de la oferta vinculante, con lo que es de sospechar que los bancos van a hacer todo lo posible por no entregarla; sin embargo, en el artículo 4 de la Ley 1/2012 se establece como obligatoria dicha entrega; de nuevo resulta más protegido el consumidor madrileño.

En esta línea de protección, a diferencia de la citada Orden que, en cierta forma delega la labor de información sobre el notario, como se constata en el artículo 30 de la misma, cuando dice que en el acto de otorgamiento los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume; en esta Ley 1/2012, por el contrario, hace recaer directamente tal obligación sobre las entidades financieras y empresas concedentes del préstamo o crédito.

De todas formas, coinciden la Orden EHA/2899/2011 y la Ley 1/2012 en la obligación de la entidad de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. E, igualmente, en la evaluación de la solvencia del préstamo responsable, a fin de ser más prudentes en la concesión. Esta evaluación puede implicar una evaluación exhaustiva del solicitante (artículo 18 de la Orden y artículo 4 de la Ley).

Por otra parte, hay alabar el esfuerzo del legislador autonómico en el afán de proteger al consumidor, pues, también otorga tal condición al avalista (fiador), y por tanto, su ámbito de protección. De ahí que, esta norma con un acierto que es digno de destacar, establece en su artículo 6 que el avalista debe ser informado del alcance de las

obligaciones y de la responsabilidad que pueda asumir, en los mismos términos que el consumidor prestatario.

En la actualidad, es habitual que para la concesión de un préstamo hipotecario se exija, además de la garantía real que implica la hipoteca, una garantía personal (fianza) que suele recaer en familiares cercanos al prestatario, como los padres. Para reforzar su posición el acreedor (entidad financiera) suele exigir que la fianza sea solidaria, de forma que, ante el simple incumplimiento del deudor principal, responde el fiador como deudor subsidiario que es, por la vía del artículo 1911 del Código Civil con todos sus bienes presentes y futuros; de forma que, los padres (solidariamente) responden con todo su patrimonio privativo y, su patrimonio ganancial, -pues, habitualmente el régimen de gananciales suele ser el régimen económico matrimonial que, acuerdan los progenitores-. Es necesario advertir al garante personal (fiador) de la posición que asume frente a una deuda ajena; de ahí que, acertadamente esta Ley 1/2012 exige que, se informe adecuadamente a este deudor en su condición de consumidor del alcance de sus obligaciones, y, de la responsabilidad patrimonial universal que, asume.

Además no se ha de olvidar que ante una eventual concurso del deudor prestatario, al ser personas especialmente relacionadas con el deudor, en la actual Ley Concursal su crédito se califica de subordinado; de forma que, cobran en último lugar, eso sí, quedan bienes para ello.

Es triste decirlo pero cada vez es más frecuente ver como los padres a los que no se ha informado de las obligaciones y de la responsabilidad que asumía al salir garantes del préstamo hipotecario de su hijo/a pierden su casa que tanto les ha costado tener y mantener, al no poder hacer frente al pago de préstamo firmado por otro, ante el incumplimiento del mismo por su titular.

Finalmente, para la efectividad de esta Ley, se establece un régimen específico sancionador que se impone a las entidades de crédito que, incumplen; lo que contrasta con la genérica remisión del artículo 14 de la Orden EHA/2899/2011 a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, y al artículo 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en concreto, el 22 septiembre de 2012.

Asimismo, en la línea de legislación autonómica, nos parece oportuno citar la regulación que se contiene en la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña establece en su artículo 112-4, relativo al principio de consumo responsable

que “las relaciones de consumo deben ajustarse a los criterios de racionalidad y sostenibilidad con relación a la preservación del medio ambiente, la calidad de vida, la especificidad cultural, el comercio justo, la accesibilidad, el endeudamiento familiar, los riesgos admisibles y demás factores que determinan un desarrollo socioeconómico individual y colectivo”. Por su parte, en el Capítulo III dedicado al Derecho a la protección de los intereses económicos y sociales, con carácter general el artículo 123-1 dispone que: “Las personas consumidoras tienen derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales de acuerdo con lo establecido por la presente Ley y las disposiciones que la desarrollen”. Por su parte, el artículo 123-2 en relación con la protección contra los abusos contractuales: Las personas consumidoras tienen derecho a:

- a. Disponer, en el marco de las relaciones de consumo, de unas cláusulas generales o de otras cláusulas no negociadas individualmente que estén redactadas con concreción, claridad y sencillez, con respeto a los principios de buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización en los contratos de cláusulas abusivas, ilegibles o incomprensibles.
- b. Recibir de los proveedores de bienes y servicios una copia del contrato, la factura, el recibo o el justificante de los pagos efectuados en que conste, al menos, la identidad personal o social y fiscal del proveedor o proveedora, la dirección, la cantidad pagada, el concepto por el que se satisface y la fecha.
- c. Recibir, por escrito o por otros medios que acrediten fehacientemente su autoría, si dada la naturaleza del bien o servicio no puede fijarse previamente el precio con exactitud, un presupuesto en que deben constar, al menos, la identidad y dirección del prestador, las operaciones que deben llevarse a cabo, el importe, el plazo de validez, y la fecha aproximada y la duración prevista de realización del servicio. Este presupuesto es vinculante para el prestador del servicio hasta que se agote el plazo de su validez. Del mismo modo, cuando los gastos adicionales que repercutan en la persona consumidora no puedan ser calculados de antemano, debe informarse de la existencia de estos gastos y de su importe aproximado.
- d. Obtener, si ceden un bien para que se haga la verificación, comprobación, reparación, sustitución o cualquier otra intervención, un resguardo de depósito en que consten, al menos, la identificación del establecimiento o depositario, la identificación del objeto, la operación que debe efectuarse, la fecha de entrega del bien y la fecha prevista de realización del servicio.
- e. Tener garantizada toda cantidad entregada anticipadamente.

En cuanto a la información precontractual, el artículo 123-3 señala que: “Las personas consumidoras tienen derecho a que se les entregue, con un tiempo suficiente y

razonable, un modelo de contrato con las condiciones generales previstas”. Y, con respecto a la información contractual, el artículo 123-4 precisa que, “en la documentación contractual deben constar, si procede, las condiciones generales, el derecho de desistimiento y las condiciones y el plazo de ejercicio, la existencia de garantías adicionales y la adhesión a códigos de conducta o medios alternativos de resolución de conflictos”.

Ahora bien, nos parece oportuno señalar que, en esta protección al consumidor – deudor hipotecario- al deber genérico del control de legalidad que corresponde al Notario, tal como dispone el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y el artículo 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, hay que añadir la labor calificadora del Registrador para impedir que cláusulas abusivas lleguen al asiento y obtengan la fuerza ejecutiva privilegiada del artículo 130 de la Ley Hipotecaria. El artículo 12.2 de esta misma Ley dispone al respecto que *“las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”*, con lo que se incluyen hipotecas no sólo en contratos de adhesión, sino también en contratos por negociación, con deudores que pudieran ser consumidores, pero también grandes empresarios, que gozan de un poder de negociación semejante a su contraparte¹⁰. En todo caso, la calificación del Registrador no alcanza a la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, al residenciarse tal declaración en exclusiva en el ámbito judicial, sino que, se impone a aquél tenerlas por no puestas, no tomar razón de ellas en el asiento correspondiente, relacionando, en consecuencia, lo dispuesto en el citado artículo 12.2 con el artículo 83.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. De forma que, el Registrador no podrá declarar en su nota de despacho las cláusulas abusivas que han sido omitidas en el asiento, ni los fundamentos jurídicos de ello.

Por otra parte, la importante labor de control e intermediación que debe ejercer el Banco de España en la relaciones clientes/entidades bancarias se ha visto, de nuevo, limitada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que, ha suprimido el comisionado de defensa del cliente de servicios financieros, órgano creado por el

¹⁰ Vid., BALLUGERA GÓMEZ C., “Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas”, *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, coordinador Antonio Salas Carceller, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2012, p. 426.

artículo 22 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero y el Real Decreto-Ley 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros (vigente hasta el 6 de marzo de 2011). La función de este comisionado era proteger los derechos de los usuarios de servicios bancarios, mediante la resolución de quejas, reclamaciones y consultas relacionadas con las entidades de crédito, es decir, el Banco de España –aunque con la máxima autonomía de actuación-. En esta Ley, asimismo, se establecía que la persona que fuese designada como comisionado habría de ser una persona de reconocido prestigio en el ámbito económico y financiero y con la necesaria experiencia profesional.

De forma que, con la actual Ley 2/2011 en su artículo 31, se ha vuelto a los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y Fondo de Pensiones que, ejercerán sus facultades en materia de protección a los usuarios de servicios financieros en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 44/2002. En concreto, el servicio de reclamaciones del Banco de España es un órgano carente de funciones ejecutivas y ejecutorias, por lo que las actuaciones e informes que emitan, no tienen la consideración de actos administrativos, ni son susceptibles de recursos.

En una situación de crisis como la actual, el papel del Banco de España resulta fundamental para encontrar un equilibrio entre las dos partes de la relación crediticia, banco y cliente, pudiendo evitar incluso procesos judiciales. Es por ello, preciso reforzar su independencia frente a las entidades de crédito, que puede empezar por dar carta de naturaleza a determinados instrumentos con capacidad ejecutiva de actuación, como podría ser el citado comisionado para la defensa del cliente de servicios financieros.