

CRÉDITO BANCARIO RESPONSABLE

EMILIO DÍAZ RUIZ

Abogado*

Crédito bancario responsable

La Ley de Economía Sostenible, luego desarrollada en este punto por la Ley de Crédito al Consumo respecto de los clientes que sean consumidores o usuarios, ha introducido en nuestro Ordenamiento una serie de previsiones tendentes a la protección de los clientes de entidades de crédito, y de las propias entidades, relativas al examen de la solvencia de la clientela, y de la conveniencia de los contratos que estas celebren con su clientela.

Una de las novedades que ha introducido en nuestro ordenamiento la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y que tiene mucha más relevancia de la que a primera vista pudiera parecer, es la de la obligación de las entidades de crédito de evaluar en profundidad la celebración de contratos —y muy especialmente, la concesión de los créditos y préstamos— con su clientela en general y con los consumidores en particular, no sólo desde el punto de vista de la solvencia (lo que, por otra parte, no es sino insistir en algo que estas entidades ya hacían tradicionalmente, por cuanto es esencial para su negocio que los prestatarios y acreditados devuelvan las cantidades recibidas, aunque ahora la Ley les insista en ello), sino también de la conveniencia para sus clientes.

Recoge, por primera vez en nuestro Derecho, algunas obligaciones de las entidades de crédito que enlazan con la prohibición, recogida desde antiguo en algunos países anglosajones, inicialmente por vía jurisprudencial y, hoy en día, por medio de la legislación protectora de los consumidores, de lo que se ha dado en denominar préstamos predatorios (*predatory lending*), y dentro de ellos, los irrazonables (*unconscionable loans*), que son conceptos distintos del de simplemente préstamo abusivo (aunque aquéllos también puedan serlo), ya que este último término se derivaría especialmente de las condiciones específicamente introducidas en el contrato, mientras que el concepto de préstamo irrazonable se refiere más bien a préstamo que no se debió conceder a la vista de los intereses y cir-

Responsible banking lending

The Law on Sustainable Economy, developed by the Law on Credit for Consume with respect to clients who qualify as consumers, has incorporated into the Spanish legal system some provisions aimed at protecting the banking clients, as well as the credit entities themselves, regarding the evaluation of solvency of the clientele and of the suitability for the clients of the contracts entered into with credit entities.

cunstancias personales del prestatario (que no sólo se referirán a la solvencia)¹.

No obstante, la forma más habitual de concesión de estos préstamos irrazonables consiste en otorgárselos a personas sin suficientes ingresos para poder devolverlos. En Estados Unidos, donde, como es ahora muy sabido, el sistema de préstamo hipotecario supone la cancelación de la deuda con entrega de la propiedad del inmueble al prestamista, se han calificado de irrazonables o abusivos un número elevado de estos préstamos, ya que hubo entidades de crédito muy interesadas en otorgar préstamos a personas sin ingresos razonablemente suficientes para afrontar el pago de las cuotas hipotecarias con el fin de ganar comisiones por su otorgamiento, conociendo que luego los titularían, de modo que pasaban así el riesgo a los terceros que invirtieran en los bonos de titulización; por el contrario, también se concedieron a personas que tampoco podían sufragarlos, pero que entregaron información falsa a las entidades de crédito, aumentando

¹ Sin perjuicio de que, llevada al extremo, alguna conducta relativa a la contratación bancaria abusiva pudiera caracterizarse como acto de competencia desleal, conforme a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal después de la reforma de 2009, que traspone la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales; así, dentro de la cláusula general, en la parte referida a consumidores o usuarios, podría existir falta de diligencia profesional cuando distorsione o pueda distorsionar significativamente el comportamiento económico del consumidor (art. 1) o cuando supongan engaño (art. 5), omisión engañosa (art. 7) o una práctica agresiva (art. 8), o se encuentren dentro de los supuestos del capítulo III de la Ley. En la práctica, sin embargo, no será fácil que la contratación bancaria pueda suponer un supuesto de competencia desleal, por cuanto deberá afectar a la competencia.

* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

falsamente sus ingresos para obtener créditos que de otra manera no hubieran recibido, sabiendo que quedarían liberados con la entrega del inmueble, en cuyo caso no cabría afirmar que estuviéramos ante préstamos predatorios, cualquiera que fuesen las circunstancias de su concesión². En cuanto a legislación en países anglosajones, la norma quizá más relevante sea la Federal Truth in Lending Act, modificada en 1994 en su sección 32 en este punto, teniendo en cuenta, además, que al menos veinticinco estados tienen legislación al efecto; también la Consumer Credit Bill de 1974 en el Reino Unido, que luego tuvo una gran influencia en la Directiva de Crédito de Consumo de la Unión Europea de 1979, aunque ha sido recientemente reformada en profundidad por medio de la Consumer Credit Act de 2006.

Pues bien, el artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible («LES») establece que las entidades de crédito vienen obligadas a evaluar la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar un contrato de crédito o préstamo, y esta obligación no se refiere sólo a los consumidores o usuarios de servicios de crédito, sino a cualquier contraparte que solicite la obtención de un préstamo de una entidad de crédito, incluso aunque se trate de un empresario. Esta evaluación la debe hacer sobre la base de una información suficiente, que podrá incluir la facilitada por el solicitante, pero también cualquier otra que se estime oportuna, incluida la consulta de los ficheros automatizados de datos, cuando ello sea legalmente posible. En definitiva, se impone una obligación de diligencia que no puede reposar sólo en lo que el cliente potencial le comunique. Además, la entidad de crédito deberá tener en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno aplicables a las entidades de crédito conformes a la legislación que les es aplicable, de forma especial, naturalmente, la relativa al cumplimiento de los coeficientes de solvencia.

Si la anterior obligación de evaluación es aplicable a cualquier tipo de cliente de las entidades de crédito, existen otras que son aplicables sólo cuando el cliente tenga la categoría de consumidor o usuario³.

Respecto de los consumidores y usuarios se establece que, sin perjuicio de las obligaciones para las entidades de crédito contenidas en la legislación sobre el mercado hipotecario, es preciso que las entidades de crédito establezcan y cumplan con una serie de prácticas para la concesión responsables de préstamos y créditos, prácticas que tienen que reflejarse por escrito dentro de un documento que deberá mencionarse en una nota de la Memoria Anual de cada entidad.

Adicionalmente, se establece la obligación para las entidades de crédito de facilitar, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que los consumidores puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, «*se ajustan a sus intereses, necesidades, y situación financiera*». Se introduce la especial obligación de referirse en esta información previa a los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor y, en especial, las consecuencias en caso de impago. Debe señalarse que todas estas obligaciones lo son «*de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente*», pero lo cierto es que la legislación vigente, ni la de créditos hipotecarios, ni las de crédito al consumo, ni la inexistente legislación sobre depósitos bancarios, establecen la obligación de evaluar que los productos bancarios que se ofrezcan a los consumidores se ajusten a su situación financiera y, menos aún, a sus intereses o necesidades.

Por tanto, obviamente, cuando exista una norma de referencia, habrá que limitarse a cumplir con lo en ella establecido, pero cuando tal no suceda, como será el caso en las operaciones pasivas de los bancos respecto de su clientela y, en general, respecto del crédito al consumo, la entidad de crédito deberá, a la hora de estudiar si concede o no un crédito

² En este sentido, es muy significativo el artículo «So We Thought», del profesor Tyler Cowen, en el *New York Times* de 13 de enero de 2008.

³ Debe hacerse notar que la LES es en este sentido más protectora que lo que se establecía en la legislación de crédito al consumo hasta ahora vigente, aunque la nueva Ley 16/2011, de 24 de junio ha venido a establecer obligaciones similares a las de

la LES; no existe previsión a estos efectos en la vigente Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa los contratos de crédito al consumo, ni en la por ésta derogada Directiva 87/102/CEE del Consejo; ni tampoco se puede trazar previsión normativa alguna en las directivas hasta ahora aprobadas de protección contractual de los consumidores (Directivas 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985, 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 y 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo 1999, que se pretenden ahora sustituir por una nueva Directiva —todavía en fase de propuesta— del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, que refundiría estas cuatro).

o préstamo solicitado por el cliente, o si realiza una operación de pasivo con el mismo, efectuar un estudio (que tampoco parece que deba ser exageradamente profundo, pero que no puede limitarse a cumplir una formalidad) acerca de si los contratos planteados se ajustan realmente a los intereses y necesidades del cliente en concreto, y a su situación financiera (con respecto a este último punto, la LES parece sugerir que, no sólo acerca de si tendrá la solvencia suficiente para cumplir, sino que parece ir un punto más allá, es decir, si realmente le va a suponer una situación agobiante el poder cumplir, aunque pueda hacerlo.

Sin duda, por otro lado, alguna de las previsiones de este precepto vienen influenciadas por la reciente ola de demandas de la clientela frente a las entidades de crédito por razón de los contratos de *swap* celebrados para la cobertura de oscilación de tipos de interés en préstamos hipotecarios, de una parte, en las que los clientes suelen alegar, entre otras cosas, que desconocían el importe de la cancelación anticipada de estos contratos, incluso, en algunos casos, que ignoraban su contenido y sentido, alegando error en el consentimiento (alegación que en muchas ocasiones ha prosperado ante los tribunales, a veces de forma inexplicable), y respecto de las operaciones de pasivo, por la experiencia sufrida en los años primeros de la presente crisis económica, en la que también hubo numerosas demandas judiciales por parte de clientes que alegaban, o bien desconocimiento de los depósitos estructurados que habían celebrado, o de los bonos u otros certificados de depósito vinculados a emisores insolventes (lo que no deja de sorprender, ya que nadie puede asegurar la absoluta solvencia de un emisor, a la vez que tampoco puede nadie ser ignorante de que cualquier emisor puede llegar a convertirse en insolvente), en los que también se alegó ignorancia sobre estas circunstancias.

No es preciso reiterar que, además de las anteriores obligaciones, las entidades de crédito, con relación a todos los contratos que celebren con sus clientes que tengan la condición de consumidores y usuarios deberán cumplir con la normativa que sea aplicable a determinados tipos de contratos, como los de crédito al consumo, los préstamos hipotecarios que caigan bajo el ámbito de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario, o en cuanto a los servicios de pago, con las obligaciones impuestas por la Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, así como por la Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre Comercialización a distancia de Servicios Financieros destinado a los consumi-

dores y, finalmente, a las previsiones contenidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del Cliente de servicios bancarios, que acaba de derogar a la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y a la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre la transparencia de las operaciones y protección de la clientela (que está a punto de ser sustituida por una nueva Circular al respecto) y, en fin, toda la normativa relacionada con las leyes y reglamentos que acabamos de mencionar. Como puede deducirse de todo lo anterior, estamos ante un cúmulo de normas, que además no siempre están coordinadas entre sí, que hacen muy compleja, quizá excesivamente compleja, la contratación bancaria al por menor, y se hacen así de muy difícil cumplimiento, generando una protección de los consumidores que no es fácil, por ahora, calibrar si es realmente efectiva, porque la experiencia enseña que la legislación complicada y excesivamente farragosa en cuanto a obligaciones formales que impone, acaba no aplicándose o aplicándose mal, con lo que pierde su virtualidad, y además, normalmente, exige mayores gastos, que acaba pagándolos siempre el consumidor. Posiblemente, frente a la dispersión de normas actual, que contienen preceptos repetidos (por ejemplo, hay definiciones de consumidor, al menos, en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, la LCC y la Ley de comercialización a distancia de Servicios Financieros destinado a los consumidores, y menos mal que son ahora sustancialmente coincidentes, porque hubo tiempo en que no lo fueron; ¿no bastaría con una sola de aplicación general?).

Continúa la LES facultando al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar normas que garanticen el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros, que incluirán las prestaciones relativas a préstamos hipotecarios y crédito al consumo, y que pueden (aunque la norma no obliga a que necesariamente tengan que hacerlo) incluir preceptos relativos a (a) la concesión responsable de préstamos o créditos, (b) prestación a los consumidores de los demás servicios bancarios distintos de los de los de inversión, especialmente la contratación de depósitos, (c) la información continuada que permita el seguimiento de las operaciones llevadas a cabo por los clientes, y (d) información precontractual a facilitar a los consumidores, incluyendo la que deba facilitarse por vía

electrónica al tratarse de comercialización a distancia de servicios financieros. Esta facultad de desarrollo se ha llevado a cabo mediante la aprobación de la Orden EHA/2899/2011 arriba citada.

Dentro del primer grupo, las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, el contenido de la normativa aprobada por el Ministro de Economía y Hacienda trata las relativas a incluir 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) adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que garanticen los préstamos (se trata de evitar que las sociedad de tasación u otras similares, vinculadas a las entidades de crédito, alteren hacia arriba o hacia abajo, principalmente en el primer sentido, la valoración de los activos que sirven de garantía a los créditos hipotecarios), (c) consideración de diferentes escenarios, a la alza, o a la baja en las variaciones en los tipos de interés, cuando se trate de préstamos con este tipo de remuneración, así como las posibilidades de cobertura frente a estas variaciones; (d) obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante del crédito o préstamo; e) información precontractual y asistencia apropiada para el consumidor (concepto este bastante genérico, que habrá que esperar que se desarrolle reglamentariamente para ver en qué puede consistir) y (f) respeto a las normas de protección de datos.

Debe señalarse que el último párrafo del número 2 de este artículo 29 LES (posiblemente debiera ser identificado con un número 3, ya que afecta a lo dispuesto en los números 1 y 2 del precepto, y no solo al número 2, dentro del que se encuentra ubicado) establece que lo previsto en el artículo en cuestión de entenderse sin perjuicio de la libertad de contratación, principio que reclama debe presidir entre relaciones de las entidades de crédito y su clientela, lo cual no deja de sorprender teniendo en cuenta la amplitud de facultades reguladoras que se otorgan al Ministro, que habrá dejado poco para el juego de la libertad de pactos, a poco que completara de forma exhaustiva todas las previsiones del precepto. Una nueva proclamación de la libertad de contratación se hace en el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011, que además aclara que la evaluación de la solución en ningún caso afectará a la validez y eficacia del contrato, "ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes". En cualquier caso, esta Orden, al desarrollar la LES ha incidido, sobre todo, en la información precon-

tractual y contractual a proporcionar al cliente, estableciendo incluso diversos tipos de Fichas de Información, que figuran como anexos I a IV de la Orden.

En verdad ya existía un precedente respecto a las facultades normativas del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de contratación bancaria. Se encontraba, y se encuentra puesto que no ha sido derogado por la LES, en el artículo 48 número 2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de Crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio), donde se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda, en aras de proteger a la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito (y no solo a los consumidores o usuarios) para dictar normas reglamentarias (lo que hizo a través de la Orden Ministerial de 31 de marzo 1989, ya citada), si bien limitaba las facultades reglamentarias del Ministro a aspectos fundamentalmente formales, tales como la obligatoriedad de que los contratos se redactaran por escrito y que se entregará una copia al cliente, la publicidad de las condiciones relativas a sus operaciones activas o pasivas, el control de la publicidad, publicación de índices de referencias a efectos de los préstamos a interés variable y calificación de las fórmulas de cálculo de los tipos y de la comunicación de las variaciones, regular especialidades de la contratación bancaria electrónica, y, en general, de la información precontractual que las entidades créditos debían dar a su clientela.

La diferencia fundamental se encuentra en que muchas de las obligaciones que en su día estableció la Orden Ministerial citada, pasan a tener rango legal, y en que, en los términos en los que la LES está redactada, son de obligado e inmediata cumplimiento, a la vez que se incide, tanto respecto de la clientela en general como, muy en particular, de los clientes que puedan ser calificados como consumidores o usuarios, en la obligación de examinar su solvencia y la adecuación de los productos a sus necesidades e intereses, de tal manera que, si se llegará a la conclusión de que la operación de activo pudiera no ser cumplida por el cliente, a la vista de su situación financiera (considerada en su conjunto) o que la operación de pasivo que se le propone no fuera la más adecuada, deberá abstenerse la entidad de crédito de celebrar el oportuno contrato, lo que es, sin duda, una carga importante que se hace ahora recaer sobre las entidades de crédito, quienes en muchos casos no estarán en plenas condiciones de cumplir, ya que la evaluación de la solvencia y capacidades del cumplimiento del deudor, así como de sus intereses o necesidades respecto de

las inversiones bancarias que puedan tener intención de llevar a cabo, va a depender de la información que el propio cliente le facilite; habrá que entender que si el cliente facilita una información incompleta o errónea (y mucho más en los casos que esta sea falsa) la entidad no debería asumir responsabilidad alguna, pero en los demás casos deberá emplear la diligencia debida.

La nueva Ley de Crédito al Consumo (ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo, «LCC»), recoge ahora obligaciones similares a las de la LES, en cuanto a la asistencia previa al contrato (artículos 8 a 10, 12 y 13) y a la evaluación de solvencia del consumidor (artículos 11 y 14). Esta Ley, sin embargo, tiene un carácter más limitado, por su especialidad, por lo que sólo se aplicará cuando el cliente sea un consumidor o usuario y, además, exclusivamente respecto de las operaciones de préstamo y crédito contempladas en la LCC, cuando el acreedor sea una entidad de crédito.

Respecto de las obligaciones de información, se introduce mucho más detalle sobre el previsto en la normativa anteriormente vigente, aunque incorpora un elemento que facilitará enormemente el cumplimiento de las obligaciones de las entidades de crédito, al establecer que las obligaciones quedarán cumplidas cuando se entregue al consumidor la «Información normalizada europea sobre crédito al consumo» que se recoge en el anexo II de la propia LCC (o la más resumida del anexo III para ciertos excedidos en cuenta y renegociaciones). Sin duda puede constituir una cierta carga burocrática, pero las entidades de crédito, entregando dicha Información, debe entenderse que han cumplidos suficientemente con sus obligaciones de información contractual frente a sus clientes (la entrega de la información puede, en cualquier caso, hacerse por otros medios, ya que la utilización de esta Información normalizada no parece que sea obligatoria); a la vez, los clientes tendrán una información contractual muy completa, porque el contenido de la Información normalizada es realmente exhaustivo. En cualquier caso, para ciertas operaciones de crédito, se exige alguna información adicional.

Para el propósito que ahora nos ocupa, las previsiones realmente relevantes son las relativas a las obligaciones de explicación (art. 11) al consumidor por parte de la entidad de crédito, de forma individualizada, de las características esenciales de los productos propuestos y de sus efectos sobre el consumidor solicitante del crédito, incluidas las consecuencias del impago, pero, además, añadiendo las explicaciones necesarias para que este último pueda evaluar si el contrato de crédito se ajusta a sus intereses, necesidades y situación financiera. Sin embargo, no existe obligación de asesoramiento al consumidor sobre estos particulares, sino sólo de informar y explicar.

Existe, sin embargo, una obligación de evaluar la solvencia del consumidor por parte de la entidad de crédito antes de conceder un crédito o préstamo (hay que señalar que los hipotecarios se rigen por su normativa específica, y no por la LCC, conforme al apartado a) de su artículo 3), en términos prácticamente idénticos a los que veíamos más arriba que establecía la LES, con obligación de reevaluarla en caso de renegociación del importe total del préstamo. Se trata, sin embargo, de una evaluación más dirigida a proteger la propia solvencia de la entidad acreedora que de proteger los intereses del consumidor, igual que puede concluirse de lo que al respecto establece la LES, de tal manera que no parece que, si la evaluación fuera incorrecta, pueda el prestatario alegarla a efectos de solicitar compensación alguna, o alegar vicio en la celebración del contrato, en línea con lo que prevé de forma expresa la Orden EHA/2899/2011, como ya se indicó más arriba.

En conclusión, nos encontramos ante una novedad legislativa que obligará a las entidades de crédito a poner un especial cuidado a la hora de negociar con su clientela, especialmente con quienes tengan el carácter de consumidores, pero, en realidad, pocas obligaciones nuevas, sobre la práctica bancaria real, va a suponer, en cuanto al estudio de solvencia de los acreditados; sí, en lo que se refiere a las obligaciones de revisión de la conveniencia de los productos (eso sí, al tratarse de obligaciones que ahora la Ley establece como nuevas, sin duda significa que las entidades de crédito no las tenían con anterioridad).