

## Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios\*

Fernando Zunzunegui\*\*

### RESUMEN

*El presente artículo analiza la obligación de evaluar la solvencia del cliente en la concesión de créditos hipotecarios. Tras identificar la normativa aplicable, estudia el contenido de esta obligación como mejor alternativa para prevenir el sobreendeudamiento de las familias. Es una nueva obligación de diligencia cuyo incumplimiento genera la responsabilidad de la entidad por el daño causado al cliente.*

**Palabras clave:** *Evaluación de la solvencia, sobreendeudamiento, crédito responsable, hipotecas, protección al cliente.*

### ABSTRACT

*This article analyzes the obligation to assess the creditworthiness of the client in the mortgage lending. After identifying the applicable regulation, this article studies the content of this obligation as a better alternative to prevent over-indebtedness of households. It is a new duty of care which breach generates liability for damage caused to the client.*

**Keywords:** *Assessment of creditworthiness, Over-indebtedness, Responsible Lending, Mortgages, Client Protection.*

### Contenido

1. Introducción. - 2. Régimen legal. - A. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.- B. Orden EHA/2899/2011.- C. Circular 5/2012. - D. Directiva 2014/17/UE. - 3. Naturaleza de la obligación de evaluar la solvencia. - 4. Evaluación de la solvencia y libertad de contratación. - 5. Ámbito subjetivo de la evaluación. - 6. La evaluación de la solvencia como una fase preliminar de la contratación. - 7. Contenido de la evaluación. - 8. Procedimientos de evaluación. - 9. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. - 10. Reflexiones finales. - Bibliografía.

---

\* Publicado en *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 16, 2014, págs. 141-160.

\*\* Profesor Contratado Doctor por la ANECA, profesor de Derecho del Mercado Financiero en la Universidad Carlos III de Madrid.

## 1. INTRODUCCIÓN

En un monográfico sobre hipoteca y vivienda no puede faltar un análisis de la obligación de evaluar la solvencia del cliente en la concesión de créditos hipotecarios, la principal medida para prevenir el sobreendeudamiento de las familias que se hipotecan. El art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible hace recaer en el banco concedente del crédito la obligación de evaluar la solvencia del cliente, prohibiendo dar créditos irresponsables. Es un giro copernicano. El foco de atención pasa a la entidad acreedora responsable de hacer efectiva la concesión responsable de crédito.<sup>1</sup> Tradicionalmente la protección del cliente se limitaba a la transparencia de las condiciones contractuales. Según esta tesis con información suficiente el cliente puede superar la asimetría que le separa del banco que ofrece el crédito. En teoría la información convierte al cliente en una persona autónoma y responsable, capaz de tomar sus propias decisiones con conocimiento de causa y asumir los riesgos asociados a las mismas. Ahora, con la nueva obligación de evaluar al cliente, se viene a reconocer la insuficiencia de la transparencia informativa para lograr esos objetivos y la necesidad de evaluar la solvencia del cliente por parte del prestamista profesional.<sup>2</sup>

La compra de la vivienda constituye la principal decisión de inversión de las familias,<sup>3</sup> siendo habitual la compra a crédito con la garantía de la propia vivienda. En aplicación de las buenas prácticas financieras la capacidad de reembolso del crédito debe limitar el grado de endeudamiento. Sin embargo, a mediados de la década pasada, favorecidos por los bajos tipos de interés, las entidades de crédito se dedicaron a dar crédito hipotecario de forma imprudente sin verificar la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones de pago.<sup>4</sup> Dieron hipotecas para empaquetarlas y venderlas en el mercado convirtiendo la titulización hipotecaria en una de sus principales formas de financiación.<sup>5</sup> Estas prácticas han propiciado el

---

<sup>1</sup> Como dice Matilde Cuenca Casas, el riesgo asumido por la entidad crediticia estará en función de su grado de diligencia a la hora de conceder crédito, en “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 20, 2014, págs. 161-185 (*passim*).

<sup>2</sup> Como dice Iain Ramsay: “Given the limits of consumer decision-making, the concept of responsible lending may be justified as a response to the limits of information disclosure to consumers as a technique for avoiding over-indebtedness”, en “From Truth in Lending to Responsible Lending”, G. Howells, A. Janssen & R. Schulze, *Information Rights and Obligations*, Ashgate, 2005, p. 11.

<sup>3</sup> Véase el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea, Bruselas, 18 diciembre 2007 [COM (2007) 807 final], p. 2.

<sup>4</sup> Según el Libro Blanco de la Comisión Europea citado en el nota 3, la “concesión irresponsable de préstamos y la venta abusiva de préstamos hipotecarios por prestamistas o intermediarios de crédito sin escrúpulos pueden tener consecuencias negativas para el conjunto de la economía, como ha demostrado la actual crisis de las hipotecas de alto riesgo”.

<sup>5</sup> Sobre las malas prácticas bancarias en la titulización hipotecaria véase Sergio Nasarre Aznar, “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2011, vol. 9, págs. 50-55.

sobreendeudamiento de las familias.<sup>6</sup> Ante las noticias de los incumplimientos de los deudores hipotecarios, los titulares de los bonos de titulización se cuestionan su verdadero valor, dando lugar a una huida hacia la liquidez. A finales del verano de 2007 todos querían desprenderse de este tipo de bonos. De ser una buena inversión se habían convertido en productos de alto riesgo. Este es el origen de la denominada «crisis subprime», que bloquea el sistema financiero y afecta a la economía en su conjunto.

Lo más frecuente es analizar el crédito hipotecario desde la perspectiva de la vivienda como derecho constitucional.<sup>7</sup> Es desde esta perspectiva un crédito finalista destinado a facilitar el acceso a la vivienda. Pero el inmueble es también un instrumento de acceso al crédito.<sup>8</sup> La vivienda se ha convertido en un bien financiero. Es la principal garantía sobre la cual gira todo el negocio bancario. Con la hipoteca se adquiere la vivienda, se ahorra para la jubilación y se puede obtener crédito para el consumo. Tener una casa en propiedad es la principal vía de acceso al crédito. Las nuevas modalidades de hipoteca, ya sea ómnibus, recargable, flexible o inversa, sirven a esta finalidad de movilizar la «casa» para obtener crédito.<sup>9</sup> Son modalidades

---

<sup>6</sup> Frente a los que ocurre en Estados Unidos, donde la causa del sobreendeudamiento son las necesidades de financiación de los gastos por enfermedad, educación, divorcios y otras circunstancias personales, en España lo ocasionan la “generosa” concesión de créditos hipotecarios. Véase Juana Pulgar, “La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 291, 2014, pág. 208.

<sup>7</sup> La Constitución española proclama, como principio rector de la política social y económica, el derecho a una vivienda digna y adecuada. Según dice el art. 47 de la Constitución: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”. Es un derecho social imprescindible para desarrollar otros derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE) y, en suma, el derecho a la libertad (art. 16 CE). Véase Gerardo Pisarello, “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista Catalana de Dret Públic*, Nº 38, 2009. Es un derecho social, que según los límites a su exigibilidad establecidos por el art. 53.3 de la CE, sólo puede ser alegado ante la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Y las leyes que desarrollan este precepto no reconocen el derecho a exigir a la Administración una vivienda digna y adecuada. La regulación del mercado hipotecario debe respetar el derecho a una vivienda digna y al ejercicio de los derechos constitucionales vinculados. La protección de estos derechos debe ser tenida en cuenta al interpretar las normas sobre concesión y ejecución de las hipotecas.

<sup>8</sup> Chiara Agabiti, “Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il 'bene casa'”, *Rivista critica del diritto privato*, 2011, vol. 29-1, pág. 63.

<sup>9</sup> Véase Chiara Agabiti, “Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il 'bene casa' ”, *Rivista critica del diritto privato*, 2011, pp. 61-66; José Martínez Carrascosa, “Mercado Hipotecario: Nuevos retos, Nuevas soluciones”, *Escritura Pública*, Nº 53, 2008, pp. 6-13, dando la bienvenida a la flexibilidad que introducía 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

que no tienen la finalidad de adquirir la vivienda, sino de utilizar el inmueble como garantía para obtener crédito.<sup>10</sup>

La modalidad de financiación más habitual, el crédito hipotecario a tipo de interés variable a largo plazo, es una operación compleja y de riesgo, en la que el ojo humano del cliente no ve las implicaciones financieras que sí son analizadas por el ojo profesional del prestamista. El cliente, la familia compradora de la casa, confía en la información que recibe del profesional. Es una relación fiduciaria en la que existe una elevada asimetría financiera susceptible de ser aprovechada por el profesional para hacer negocio. Esta posición de ventaja fue utilizada por la banca para dar crédito hipotecario a las familias sin evaluar con rigor su capacidad de asumir las obligaciones derivadas del contrato, con el resultado de un sobreendeudamiento de los hipotecados.

La crisis ha servido para constatar que el remedio habitual de la transparencia de las condiciones económicas en que se contrataban los créditos no sirve para prevenir el sobreendeudamiento. Se hacían necesarias medidas adicionales más efectivas.<sup>11</sup> Surge así el principio de crédito responsable según el cual es el profesional concedente del crédito quien debe verificar la adecuación del crédito a la solvencia del cliente.<sup>12</sup>

## 2. RÉGIMEN LEGAL

---

sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

<sup>10</sup> Desde la Asociación Hipotecaria Española se incentivó el endeudamiento familiar a través de las hipotecas, que no sólo se debían destinar a la adquisición de vivienda, pues en su opinión: *“En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras”* (AHE, *“¿Es sostenible un crecimiento anual del crédito hipotecario a tasas del 20%?”*, 27 de noviembre de 2003).

<sup>11</sup> Esta obligación de conocer al cliente para ofrecerle el producto adecuado se contempla como complementaria a las obligaciones de transparencia recogidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo, y a las previstas en el art. 5.1 de la Ley 10/2014.

<sup>12</sup> De tradición anglosajona, la primera mención que localizamos al crédito responsable se recoge en el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva 87/102/ECC, sobre el crédito al consumo, según el cual: *“Professionals must identify the optimum type and amount of credit taking into account the consumer’s financial circumstances at the time the agreement is concluded. On the basis of this information the creditor may only make an offer in respect of which he is reasonably sure that the consumer will be able to meet the obligations arising from the agreement”* [COM (95) 117 Final, p. 52].

La obligación de evaluar la solvencia del cliente antes de contratar el crédito hipotecario se recoge en varias normas de distinta procedencia y de diferente rango. Es una obligación recogida en general para la concesión de todo tipo de créditos en el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible y en el art. 5.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, con previsiones especiales para el crédito hipotecario en su desarrollo reglamentario. Estas normas deberán modificarse para su adaptación a la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que dedica un capítulo a la evaluación de la solvencia. Además, es un principio recogido en el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, donde se contempla como un deber de asistencia al cliente.<sup>13</sup>

Estamos ante un cúmulo de normas de reciente recepción en Derecho español que dificultan el tratamiento de la materia.<sup>14</sup> Para empezar no todas las normas definen del mismo modo el crédito responsable y la obligación de evaluar la solvencia. Para entendernos y hacer más ágil la lectura, vamos a optar por utilizar el término «crédito» para referirnos tanto a los préstamos como a las aperturas de crédito, siguiendo la opción del legislador.<sup>15</sup> Además ni siquiera hay coherencia respecto a los sujetos obligados y al sujeto destinatario de la protección. Por esta razón nos vamos a referir al «profesional», como entidad obligada, y al «cliente», como sujeto protegido, salvo que la concreción de la norma permita especificar al sujeto con mayor detalle.

La crisis ha puesto de relieve la necesidad de abordar el sobreendeudamiento ocasionado por el oportunismo de la banca en la concesión de crédito.<sup>16</sup> La búsqueda de un contrato adecuado en el que el intermediario protege el interés del cliente es una novedad que altera la relación

<sup>13</sup> Véase el apartado III del preámbulo de la Ley 16/2011.

<sup>14</sup> Emilio Díaz Ruiz se queja de este cúmulo de normas, no siempre coordinadas entre sí, con preceptos repetidos, que dificulta la carga de cumplimiento normativo, en “Crédito bancario responsable”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario-2011, p. 226; también critican esta complejidad Luis de la Peña y Juan López-Frías en “Crédito y responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *RDBB*, Nº 130 / Abril-Junio 2013, p. 78.

<sup>15</sup> Así, la Ley define al profesional como “entidad de crédito”, aunque se dediquen tanto a la concesión de préstamos como a abrir créditos (art. 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). A su vez, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, también regula los préstamos al consumo, y en este sentido dice en su art. 1 que: “Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito”. Simplificación que no siempre mantiene, como se deduce de la lectura del título 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.

<sup>16</sup> En este contexto, dice Matilde Cuenca Casas, hablar de préstamo responsable “*resulta esencial como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento privado y garantía de la estabilidad del sistema financiero*”, *ob. cit.*

contractual.<sup>17</sup> Dada la novedad de la materia, el art. 45 de la Directiva encarga a la Comisión Europea evaluar antes del 21 de marzo de 2019 las medidas adoptadas para prevenir el sobreendeudamiento, incluyendo en el estudio la supervisión de los registros de crédito como herramienta esencial de la evaluación de la solvencia. En este ámbito podrá realizar propuestas legislativas para conseguir un mercado hipotecario más flexible y fiable.

A su vez, en España, la disposición adicional de Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, dio al gobierno un plazo de seis meses para remitir a las Cortes Generales un informe sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca, incluyendo la posible adopción otras medidas sobre la protección económica y social de consumidores y familias, con opciones extrajudiciales para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza, sin que hasta la fecha se haya cumplido este mandato. Lo que sí existe es un Informe del Defensor del Pueblo que ha servido de base a las diversas reformas legales.<sup>18</sup>

No obstante, en aras de mejorar la regulación en la protección del cliente bancario y, en particular, del deudor hipotecario, el Gobierno debe remitir a las Cortes Generales antes del 28 de junio de 2015, un proyecto de ley para la incorporación de la Directiva 2014/17/UE, que incluya “*las posibilidades de mejora del actual sistema institucional de protección del cliente*”.<sup>19</sup>

#### A. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible introduce, como mecanismo de protección de los usuarios de servicios financieros y con el fin de asegurar la práctica de un crédito responsable, el deber de evaluar la solvencia del prestatario.<sup>20</sup> Este mecanismo se contempla como complementario a la tradicional transparencia informativa. De este modo, la protección del cliente en el mercado del crédito se acerca a la existente en el mercado de valores. Los bancos que conceden crédito deben, al igual que los prestadores de servicios de inversión, conocer al cliente antes de ofrecerle el servicio. De igual modo que en el mercado

---

<sup>17</sup> Roberto Natoli justifica un contrato adecuado, de colaboración entre el banco y el cliente, en la concesión de crédito a las familias por tratarse de *credence goods*, al igual que los productos de inversión, en un contrato, *Il contratto «adeguato»*. *La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Il diritto della banca e borsa, Studi, Milano, 2012, *passim*.

<sup>18</sup> *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, enero de 2012, elaborado a partir del Informe del autor sobre Prácticas hipotecarias de las entidades bancarias de 1 de noviembre de 2011, publicado en “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Nº 129, 2013, págs. 35-76.

<sup>19</sup> Según la Disposición adicional vigésima, sobre propuestas en materia de protección al cliente, de la Ley 10/2014.

<sup>20</sup> Véase el apartado III de su preámbulo.

de valores, la obligación de información en el mercado del crédito pasa a ser bidireccional.<sup>21</sup> La entidad debe informar al cliente pero también debe informarse del perfil del cliente con el fin de verificar que el producto ofrecido es el adecuado.

A esta previsión se dedica el art. 29 de la Ley, según el cual: *“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”*. La Ley exige esta evaluación de la solvencia como condición para conceder crédito a cualquier cliente, a lo que añade una habilitación para desarrollar un régimen de protección especial al consumidor que pretende acceder al crédito. En este sentido, las entidades de crédito *“llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores”*.<sup>22</sup> Las entidades deben recoger dichas «prácticas» en documento escrito a través del cual se facilite al consumidor información precontractual para que pueda evaluar qué créditos hipotecarios, entre los que ofrezca el banco, *“se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera”*. De la existencia del citado documento se debe dar cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad. Estas prácticas han sido desarrolladas por el Banco de España en la Circular 5/2012.

## B. Orden EHA/2899/2011

Los principios sobre responsabilidad del crédito recogidos en el art. 29.1 de la Ley 2/2011 debían quedar reglamentados por orden ministerial en un plazo de seis meses, según el contenido recogido en el apartado 2 del citado artículo. Este mandato fue cumplido por Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Hay que señalar que el apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011, ha sido derogado por la disposición derogatoria.f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuyo contenido, con ligeras modificaciones, ha sido

---

<sup>21</sup> Roberto Natoli, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Il diritto della banca e borsa, Studi, Milano, 2012, p. 70.

<sup>22</sup> Este régimen especial de protección al consumidor se concretaba en apartado 2, letra a), del art. 2, según la cual dicho régimen debería incluir prácticas que favorezcan: 1.º Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; 2.º La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; 3.º La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; 4.º La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; 5.º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor; 6.º El respeto de las normas de protección de datos. Pero estas previsiones del número 2 del art. 29 han sido derogadas por el apartado 2 por la disposición derogatoria.f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que no aborda el crédito responsable. Esta Ley sólo dedica el art. 5 a la protección del cliente.

incluido como apartado 2 del art. 5 de la Ley 10/2014. En la nueva norma la habilitación al ministro para el desarrollo reglamentario se amplía a cualquier cliente, sea o no consumidor.<sup>23</sup>

Luego en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 29 de la Ley 2/2011, en la actualidad enmarcada en el art. 5.2 de la Ley 2/2011, la Orden EHA/2899/2011 desarrolla la obligación de evaluar la solvencia del cliente que pretende acceder al crédito. Según el preámbulo de la citada Orden, la Ley de Economía Sostenible *“ha introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que, a pesar de su relevancia en el debate internacional, aún resultaba ajeno a nuestro Derecho. Se trata del fomento de la responsabilidad en el préstamo. Para ello, la citada ley ha establecido no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (práctica, por otro lado, completamente extendida entre las entidades de crédito españolas), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos.”* Este preámbulo, además de considerar la medida ajena a nuestro Derecho, silencia lo que destaca la Directiva 2014/17/UE, al mencionar como principal problema a abordar con urgencia el de *“la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias”*.<sup>24</sup> Por lo cual: *“Resulta fundamental que la capacidad y proclividad del consumidor de saldar el crédito se evalúe y verifique con anterioridad a la celebración de un contrato de crédito”*.<sup>25</sup> Este silencio sobre el problema que motiva el cambio legal dificulta interpretar el alcance y contenido de la evaluación de la solvencia. Conviene partir de la premisa de que la evaluación de la solvencia constituye la principal medida adoptada para hacer frente al comportamiento oportunista de las entidades de crédito que, incentivadas por un ánimo de lucro desmedido, han ofrecido créditos hipotecarios anteponiendo su interés al del cliente. En España, las propuestas de reformas legales y de desarrollos reglamentarios proceden de la Subdirección General de Legislación y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad, en una actuación coordinada con los técnicos del Banco de España y con la patronal bancaria (AEB), sin que se publiquen las alegaciones que se puedan haber

---

<sup>23</sup> No obstante, debe considerarse que la previsión del apartado 1 del art. 29 de la Ley 2/2011, de que *“de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores”*, queda integrada por la letra a) del apartado 2 del art. 5 de la 10/2014. En este sentido, el ministro queda habilitado para dictar normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de crédito, incluyendo prácticas que favorezcan, entre otras exigencias, la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo, y la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante, con respeto de las normas de protección de datos.

<sup>24</sup> § 4 del preámbulo.

<sup>25</sup> § 55 del preámbulo.

realizado en el periodo de consulta pública.<sup>26</sup> Lo cual propicia que las normas financieras, en el estrecho margen que permiten las normas de la Unión Europea, recojan la visión e intereses de la industria, al margen de la realidad social y del interés de la clientela.

### C. Circular 5/2012

La circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, dedica su capítulo V, sobre préstamo responsable, con una única norma, la duodécima, dedicada a las *“políticas y procedimientos de préstamo responsable”*, y Anejo 6, al desarrollo del régimen sobre el crédito responsable contenido en la Ley de economía sostenible y en la Orden EHA/2899/2011. Según dice su exposición de motivos la circular *“profundiza en las iniciativas con las que los poderes públicos pretenden promover la concesión responsable de préstamos, tanto mediante el aumento en la información que se debe poner, activamente, a disposición de los potenciales prestatarios, como –en especial– mediante la exigencia a los prestamistas de políticas y procedimientos que favorezcan la prudencia y la atención específica a las necesidades y posibilidades de los clientes”*.

La circular concibe el «préstamo responsable» como una norma de conducta que obliga a las entidades a *“actuar honesta, imparcial y profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo”*. Hay un deber de aviso cuando el crédito no es adecuado, por no responder al objetivo del cliente o a su situación. Es una obligación de diligencia cuyo incumplimiento obliga a indemnizar del daño causado al cliente por haber contratado el crédito sin haber recibido el aviso. Al igual que la Orden circunscribe la protección a los clientes que son personas físicas.

El Anejo, dedicado a los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables, es una larga guía de los requisitos que deben cumplir las entidades para que las políticas y procedimientos de préstamo responsable sean efectivas. Esta guía parte de la proporcionalidad que debe existir entre la carga de cumplimiento normativo de la entidad y las características de la operación atendiendo al perfil del cliente al que la oferta se dirige.

### D. Directiva 2014/17/UE

La Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, traslada al ámbito del crédito hipotecario las obligaciones de concesión responsable de crédito ya recogidas en la Directiva de crédito al consumo,

---

<sup>26</sup> La relación entre el Banco de España y la AEB es muy fluida, como lo demuestra el hecho de que los dos últimos presidentes de la AEB hayan sido con antelación directores generales del Banco de España. A su vez, la Subdirección General de Legislación y Política Financiera y el Banco de España comparten el mismo inmueble.

aunque actualizadas atendiendo al marco MiFID de protección al cliente que rige en el mercado de valores.<sup>27</sup> Según esta propuesta las obligaciones de información financiera al cliente se deben corresponder con su nivel de conocimientos y de experiencia en materia de crédito. También se obliga al prestamista a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, atendiendo a sus circunstancias personales y basándose en información suficiente. Y lo más importante desde el punto de vista de protección al cliente, se establece la obligación de abstención de dar crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos.<sup>28</sup> Es decir, prohíbe expresamente la concesión irresponsable de crédito. No hay aquí como en el mercado de valores la posibilidad de intermediar en operaciones no adecuadas al perfil del cliente, avisándole de la falta de conveniencia (véase art. 79 bis.7 LMV).

La Directiva 2014/17/UE se refiere a la necesidad de “*garantizar que la emisión de créditos se realice de manera adecuada*”. Con la concesión de un crédito hipotecario la entidad está creando un producto financiero. Emite un producto financiero que debe someterse a los mismos principios que rigen la emisión y comercialización de instrumentos financieros.

La «evaluación de la solvencia» se define como “*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito*” (art. 4, punto 17), y debe realizarse antes de conceder el crédito (art. 1).

La Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea que tuvo el lugar el 28 de febrero de 2014, aunque los Estados miembros disponen de plazo, hasta el 21 de marzo de 2016, para transponer la Directiva al Derecho interno. No obstante, la Directiva 2014/17/UE ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de la obligación de evaluar la solvencia recogida en el Derecho interno desde su publicación dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de una

---

<sup>27</sup> La Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como MiFID II, amplía los productos cuya comercialización se somete a la evaluación previa del cliente, incluyendo los depósitos estructurados (véase § 39 del preámbulo). De este modo zanja la polémica sobre si estos productos eran bancarios, sometidos a la supervisión del Banco de España o de inversión, bajo control de la CNMV (véase Emilio Díaz Ruiz y Salvador Ruiz Bachs, “El depósito bancario estructurado”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Nº 89, 2003, págs. 9-56). En una muestra más de la convergencia regulatoria entre el mercado de valores y el mercado de del crédito. También se intentó por parte de la industria dejar fuera de la normativa del mercado de valores los swaps incluidos en los créditos hipotecarios [véase Emilio Díaz Ruiz y Julio Iglesias Rodríguez, “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 124, 2011, págs. 213-246; comentado en Fernando Zunzunegui, “Negociación de Swaps por cuenta propia”, en Zunzunegui, F. (coord.), *Derecho bancario y bursátil*, Madrid, 2012, págs. 653-684].

<sup>28</sup> En este mismo sentido, véase Luis de la Peña y Juan López-Frías, “Crédito y responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 130, abril-junio 2013, p. 63, aunque no creen apropiado en estos casos abrir la puerta a una resolución judicial (p. 77).

Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso “Kolpinghuis Nijmegen”, asunto 80/86). En este sentido, el Tribunal Supremo utiliza las Directivas en plazo de transposición al Derecho interno, como criterios de interpretación de las normas nacionales.<sup>29</sup>

### 3. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

Las normas sobre evaluación de la solvencia son normas de conducta,<sup>30</sup> que integran junto con las normas prudenciales el estatuto de las entidades de crédito, de tal modo que para la “evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica”.<sup>31</sup> La solvencia de la entidad, protegida por las normas prudenciales sobre gestión de riesgos y control interno, se complementa con las normas de conducta sobre evaluación de la solvencia del cliente. Se utiliza la forma de regular la prestación de servicios de inversión, en la que las normas de conducta del título VII de la LMV tienen su complemento natural en las normas prudenciales sobre organización interna de las entidades recogidas en el Título V de la citada Ley.

Al igual que ocurre con los test MiFID en el mercado de valores, la evaluación de la solvencia del cliente es una cuestión de orden público. El crédito emitido de forma irresponsable es una de las principales causas de la crisis.<sup>32</sup> Lo dice el preámbulo de la Directiva 2014/17/UE, con estas palabras: “La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas.” Como consecuencia de estas malas prácticas, tras el informe técnico del Consejo de Estabilidad Financiera,<sup>33</sup> se concluye que “es conveniente garantizar que el marco regulador de la Unión en este ámbito sea sólido, coherente con los

---

<sup>29</sup> Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y con la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril (MiFID) (STS, Pleno, Sala de lo Civil, Madrid, 244/2013, de 18 de abril de 2013, recurso: 1979/2011, Ponente: Rafael Sarazá Jimena, con cita de otras anteriores).

<sup>30</sup> Así lo calificaba, como “standards of behavior”, el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva 87/102/ECC, sobre el crédito al consumo [COM (95) 117 Final, p. 52]. En contra, Luis de la Peña y Juan López-Frías, “Crédito y responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *RDBB*, Nº 130, abril-junio 2013, p. 64, quienes consideran que la obligación de evaluar la solvencia es una norma prudencial que pretende evitar los conflictos de interés.

<sup>31</sup> Art. 29.1, segundo, Ley 2/2011.

<sup>32</sup> Véase Juana Pulgar, “La protección contractual del sobreendeudamiento...”, *ob. Cit.*, pág. 208.

<sup>33</sup> Financial Stability Board, *FSB Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*, Basel, 2012.

*principios internacionales y haga un uso adecuado de la gama de instrumentos disponibles, que pueden incluir la utilización de los coeficientes préstamo-valor del activo, préstamo-ingresos, deuda-ingresos y coeficientes similares, unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito*". No estamos ante una mera declaración de principios, sino ante una medida concreta, precisada en sus aspectos técnicos en la Circular del Banco de España.

#### 4. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

En el preámbulo de la Directiva 2014/17/UE se considera que: *"el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito"*. Lo cual quiere decir que no hay un derecho al crédito hipotecario cuando se supera la evaluación de la solvencia. La concesión de crédito hipotecario es una actividad sometida al principio de libertad de contratación.

En este sentido, el inciso final del apartado 2 del art. 29 de la Ley de economía sostenible, sobre responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financiero, decía: *"Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela"*. Este inciso, como parte del apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011, ha sido expresamente derogado por la Disposición derogatoria de la Ley 10/2014, aunque por error se incluya en el texto consolidado de la Ley de economía sostenible del BOE. En el art. 5 de la Ley 10/2014, hay una mención al «sin perjuicio de la libertad contractual», aunque con un alcance limitado pues se incluye en un párrafo referido a la publicación por el Banco de España de índices o tipos de referencia.

Esta derogación es importante pues cierra la posibilidad de interpretar que por dicho inciso habría que considerar que la obligación de evaluar al cliente no tiene efectos contractuales. Dicha interpretación, común en los abogados de la industria y en algún académico, no estaría en ningún caso justificada, pero, en cualquier caso, con la derogación completa del apartado 2 del art. 29 de la Ley de economía sostenible carece de soporte legal.<sup>34</sup>

No obstante, el último apartado del art. 18 de la Orden dice que: *"La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso*

---

<sup>34</sup> Véase Emilio Díaz Ruiz, "Crédito bancario responsable", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario-2011, p. 227-228; Luis de la Peña y Juan López-Frías, "Crédito y responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *RDBB*, Nº 130, abril-junio 2013, p. 63-65.

*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.” Aunque este precepto, como hemos visto, ha perdido su soporte legal, conviene analizarlo dado que es una cláusula de estilo recogida en distintas normas financieras.<sup>35</sup> Y la Circular del Banco de España 5/2012 reitera que la concesión responsable de créditos 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 hubieran asumido.”*

Del mismo modo que los clientes responden del cumplimiento de sus obligaciones también las entidades de crédito responden de las suyas, entre las que destaca la obligación de evaluar al cliente, absteniéndose de ofrecer créditos no adecuados al cliente. Y en cualquier caso, como cierre del sistema legal, la entidad responderá de no haber avisado al cliente de una oferta contraria a sus necesidades o a su capacidad de hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato.

Lo anterior es perfectamente compatible con la limitación a la concesión irresponsable de créditos hipotecarios por razones de orden público, en protección de la estabilidad bancaria y de la confianza de los clientes en el sistema financiero. Que el banco sea libre de contratar o no con un cliente que ha superado la evaluación de solvencia no significa que el banco pueda dar crédito a quien ha superado la evaluación. En este caso, al tratarse de una cuestión de orden público, tiene prohibido conceder el crédito. Se aplica la misma solución que en el mercado de valores cuando la recomendación es incompatible con el test de idoneidad. En ese caso la Ley prohíbe prestar el servicio (art. 79.bis.6 LMV). En el mercado de valores, el test de idoneidad se reserva para el asesoramiento de inversiones o para la gestión de carteras. Son contratos en los que prima la relación fiduciaria y hay mayor posibilidad de que el profesional abuse de forma oportunista de su posición. En protección de la confianza y para hacer frente a la vulnerabilidad del cliente se prohíbe contratar cuando el producto no es idóneo o no ha sido posible realizar el test de idoneidad.

El contenido del test de solvencia se parece al contenido del test de idoneidad del mercado de valores. Hay que evaluar tanto los conocimientos y experiencia del cliente, como su situación financiera y objetivos. Va más allá del test de conveniencia, en el que sólo se evalúan los conocimientos y experiencia del cliente.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Véase el preámbulo de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; art. 65 ter Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

<sup>36</sup> Estos test que se aplican a los servicios de inversión han sido analizados por la jurisprudencia en los siguientes términos: “La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente,

En el mercado de crédito hipotecario, hay razones contrastadas en la reciente crisis para limitar la contratación no razonable de préstamos hipotecarios. Es una cuestión de orden público económico que limita la libertad de contratación.

La referencia a que las obligaciones que impone la evaluación de la solvencia como un elemento de los deberes de información se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación, no significa que dicha obligación carezca de efectos contractuales.

La evaluación de la solvencia se concibe en el preámbulo de la Orden EHA/2899/2011 como la medida para aplicar el principio legal del préstamo responsable, un principio consagrado en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado.<sup>37</sup> De lo cual se desprende que se trata de una norma imperativa que forma parte del orden público.

La norma no reconoce un derecho a la concesión del crédito por el mero hecho haber superado la evaluación de la solvencia,<sup>38</sup> ni si quiera existe un derecho a un crédito básico similar al derecho a una cuenta corriente básica.

## 5. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EVALUACIÓN

---

*con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008-, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008.” (STS 387/2014).*

<sup>37</sup> Según dice el preámbulo de la Orden la norma desarrolla el principio general previsto en la Ley de Economía Sostenible “en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que 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 ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito a la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes.”

<sup>38</sup> Aurelio Mirone, “L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto”, *Banca Borsa Titoli di credito*, n. 5/10, pp. 591-592, quien excluye la responsabilidad de la entidad por ruptura no motivada.

La Ley de economía sostenible se refiere a la obligación de evaluar al “potencial prestatario, la Orden a “evaluar la capacidad del cliente”, y la Directiva a la “solvencia del consumidor”. Hay pues diferencias en cuanto al sujeto pasivo de la protección.

La Orden se dirige a la “protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios.” Se dirige a proteger a los clientes personas físicas, sean o no consumidores, y dice hacerlo a través de la transparencia, cuando lo cierto es que va más allá al incluir en el art. 18 la obligación de evaluación de la solvencia.

En la Directiva el ámbito subjetivo se circunscribe al consumidor persona física que, en las operaciones de crédito hipotecario, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

La comercialización de créditos hipotecarios es un servicio financiero que puede ser incluido en la lista de actividades para las que están habilitadas determinadas entidades financieras. Los créditos los pueden comercializar directamente las entidades de crédito que los emiten o indirectamente a través de empresas de crédito. No está unificada la normativa de los prestadores profesionales de crédito. Las entidades de crédito disponen de un régimen más completo y desarrollado. Las empresas de crédito tienen su propia Ley, que se debe integrar con algunas normas procedentes del régimen general.<sup>39</sup>

## 6. LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA COMO UNA FASE PRELIMINAR DE LA CONTRATACIÓN

Partiendo del supuesto de que la comercialización es directa por el emisor del crédito, estamos ante una actividad financiera que pasa por distintas fases. Para comercializar créditos la entidad de crédito debe contar con procedimientos que garanticen la evaluación de la

---

<sup>39</sup> Además de las entidades de crédito también pueden dedicarse a la comercialización concesión de créditos hipotecarios las denominadas «empresas de crédito», que se rigen por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Es una ley que consolida la actividad profesional de los prestamistas privados y ofrece un nuevo marco de transparencia a las empresas de crédito. Es una ley que acerca pero no iguala el estatuto de estos intermediarios al de las entidades bancarias. Se crean así dos niveles de protección, el de los clientes que contratan con una empresa de crédito y los que lo hacen con una entidad bancaria. No se someten a la obligación de evaluar la solvencia en los mismos términos que las entidades de crédito. Tan solo las empresas de crédito «independientes» están obligadas a “seleccionar entre los productos que se ofrecen en el mercado los que mejor se adapten a las características que el consumidor les haya manifestado, presentándoles, al menos, tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas asesorará al consumidor.” (art. 22.4 Ley 2/2009).

solvencia del cliente y poner a disposición de la clientela determinadas informaciones de carácter contractual, antes de formalizar la contratación del producto.

La operación con un determinado cliente consiste en la prestación de un servicio en dos fases, una preliminar en la que se evalúa al cliente y se le informa del contenido del producto, y otra de contratación del crédito, en la que se firma la escritura.

En este lugar vamos a detenernos en la fase preliminar de la comercialización del crédito hipotecario en la que el oferente tiene la obligación de evaluar la solvencia del cliente. Esta obligación tiene lugar en el marco de la prestación del servicio de acceso al crédito que proporciona la entidad al cliente y no se confunde con determinadas obligaciones precontractuales que asume la entidad de crédito.

La entidad tiene la obligación precontractual de especificar y poner en conocimiento de la clientela la información que el consumidor debe facilitar y los plazos para suministrarla. Debe ser la necesaria para cumplir con la finalidad. En este sentido la entidad sólo puede requerir la información necesaria para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia del consumidor.<sup>40</sup> Además el prestamista deberá informar al consumidor de su intención de consultar bases de datos.<sup>41</sup>

## 7. CONTENIDO DE LA EVALUACIÓN

El art. 28 de la Directiva recoge la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en el marco de una relación contractual. Forma parte del servicio de acceso al crédito adecuado que presta la entidad al cliente. El hecho de que deba ser anterior a la celebración del contrato de crédito no excluye que sea una obligación contractual.<sup>42</sup> Según este régimen, la evaluación de la solvencia deber ser profunda y completa. Su objetivo es verificar que el cliente puede

---

<sup>40</sup> Art. 20.3 de la Directiva 2014/17/UE.

<sup>41</sup> Art. 18.5, letra b) de la Directiva, de conformidad con el art. 10 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>42</sup> El preámbulo de la Directiva indica que la evaluación de la solvencia “*debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*” (§ 55). Y añade: “*debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio*” (§ 55).

cumplir las obligaciones que asume al contratar el crédito. Tanto la Ley como la Orden requieren que la evaluación tenga lugar *“sobre la base de información suficiente”*, frente a la Directiva que exige una *“evaluación en profundidad”*.

Partiendo del requisito de que el inmueble que sirve de garantía supere el importe del crédito, la evaluación de la solvencia debe basarse según la Directiva en la información relativa a los ingresos y gastos del consumidor, así como sobre *“otras circunstancias financieras y económicas del consumidor”*. La información puede provenir tanto de la propia entidad que emite o comercializa el crédito como del propio cliente.<sup>43</sup>

Sobre las fuentes de la información, la Ley alude a *“la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros”*, la Orden a la *“facilitada por el propio cliente”*, aunque luego se refiere a que los procedimientos internos deben contemplar la consulta al historial crediticio del cliente (CIRBE y otros ficheros de solvencia), y la Directiva menciona la revelación de información de *“fuentes internas o externas pertinentes, incluido el consumidor”*.

La Orden desarrolla los procedimientos internos para evaluar la solvencia del cliente que deberán contemplar la situación personal (empleo), patrimonial (ahorros y otros activos) y financiera (ingresos presentes y futuros, deudas, gastos fijos, garantes) del cliente. Estos datos deben ser verificados con la correspondiente documentación.

La consideración simple del contrato de crédito hipotecario, como una relación entre acreedor y deudor, lleva a centrarse en el valor de la garantía como principal elemento para la decidir sobre la concesión del crédito. Pero siendo importante el valor del inmueble para determinar la cuantía del préstamo, desde el punto de vista financiero, la concesión de un crédito hipotecario, como servicio financiero, requiere evaluar la solvencia del cliente. En los créditos con garantía real, como los hipotecarios, la evaluación debe fundamentarse en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía, aspecto mencionado en el articulado de la Directiva.<sup>44</sup> Como dice el preámbulo de la Directiva *“la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito”* (§ 55 del preámbulo). A su vez, la Orden vela por *“la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.”*

---

<sup>43</sup> Dicha información debe incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, según dice el art. 29 Ley 2/2011, y reitera el art. 14 Ley 16/2011.

<sup>44</sup> Cuyo art. 18.3 dice: *“La evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien inmueble de uso residencial.”*

Cuando el cliente no supere la evaluación de solvencia la entidad le informará sin demora del resultado que le impide ofrecer el producto.<sup>45</sup> Cuando la denegación sea consecuencia de la consulta a una base de datos le informará con detalle de esta circunstancia.

## 8. PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN

La entidad de crédito debe contar con un procedimiento de evaluación de la solvencia de los clientes que permita realizar dicha evaluación antes de contratar el crédito. Forma parte de la organización interna de la entidad. Consiste en políticas y procedimientos encaminados a la correcta prestación del servicio.

Las entidades que emitan y comercialicen créditos hipotecarios deben contar con una organización interna que cuente con procedimientos de evaluación actualizados.<sup>46</sup> El personal debe tener competencia para realizar la evaluación y conocimientos del proceso de evaluación.<sup>47</sup>

Según desarrolla la Circular, las entidades de crédito españolas que pretendan conceder créditos a su clientela deben contar con políticas y procedimientos de comercialización para garantizar una conducta responsable que deben ser aprobados por el consejo de administración, quien debe velar por su aplicación efectiva. Para lo cual es esencial que sean comprensibles por los clientes, quienes tienen derecho a conocer qué informaciones deben suministrar a las entidades para poder acceder a un crédito responsable. Con este objetivo el cliente interesado en la oferta del banco debe suministrar una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus necesidades crediticias. Tras recibir las informaciones del cliente y evaluar su solvencia, la entidad podrá ofrecer dentro del catálogo de sus productos aquellos que se adecuen a lo solicitado y al perfil del cliente, de tal modo que permita al cliente *“la necesaria reflexión, comparación y adopción de una decisión fundada, racional y prudente”*. De hecho, es la entidad quien debe ofrecer al cliente las bases de una decisión racional, dado que debe abstenerse de ofrecer créditos no racionales o imprudentes. El principio de concesión responsable de créditos provoca de forma natural un endeudamiento responsable.

Según dispone el art. 7.3 de la Directiva, las políticas de remuneración de las personas responsables de la evaluación de la solvencia, entre otros requisitos, *“no ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista”* e *“incorporará medidas para evitar los conflictos de interés, en particular estableciendo que la remuneración*

---

<sup>45</sup> Véase art. 19.5, letra c), de la Directiva.

<sup>46</sup> Art. 18.2 de la Orden EHA/2899/2011.

<sup>47</sup> Anexo III, punto 2, letra h), de la Directiva 2014/17/UE.

no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas”, aspecto también contemplado en la Circular del Banco de España.<sup>48</sup>

El Anejo de la Circular se ocupa tanto de las obligaciones de información como de la evaluación de la solvencia del cliente. En la evaluación se debe atender a la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones atendiendo a sus fuentes de renta habituales. Los planes de pago debe ser realistas y los planes de amortización deben atender a la renta recurrente disponible del cliente, sin *“suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario”* [sic]. La natural prudencia en la relación que debe existir entre el importe del crédito y la garantía *“en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor”*. Se deben evitar técnicas de venta de créditos que resulten inútiles, es decir que carezcan de utilidad atendiendo a las necesidades del cliente. A su vez, la entidad debe definir las responsabilidades de los órganos y personas encargadas de velar por la oferta y concesión de créditos responsables. También debe determinar los requisitos de los estudios y análisis de las operaciones y la documentación necesaria para la concesión del crédito responsable, entre la que se debe incluir la *“información económico-financiera que permita analizar la solvencia y capacidad de pago de los clientes y garantes”*.

## 9. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

La evaluación del cliente es un requisito de orden público necesario para dar crédito hipotecario. De tal forma que ante una evaluación negativa o falta de información la entidad está obligada a abstenerse de dar crédito. El prestamista solo puede poner *“el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato”*.<sup>49</sup> Es decir, ante una evaluación negativa la entidad debe abstenerse de concertar el crédito.

En este sentido, según dispone el art. 20.4 de la Directiva, cuando la entidad no pueda llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información debe advertir al cliente de que en esas circunstancias no puede conceder el crédito. Luego tampoco podrá conceder el crédito cuando no pueda verificar la información suministrada.

Según dice el preámbulo de la Directiva: *“La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia”* (§ 57). Este régimen se asemeja al que existe en el mercado de valores para el test de idoneidad,

<sup>48</sup> Véase Anejo 6, punto 4, párrafo segundo.

<sup>49</sup> Art. 18.3, letra a) de la Directiva 2014/17/UE.

según el cual: *“Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente”* (art. 79 bis.6 LMV). En estos casos, de celebrarse el contrato sería un acto nulo de pleno derecho por ser contrario a una norma imperativa prohibitiva (art. 6.3 del Código civil). Cuestión distinta es determinar cuáles son los efectos de esa nulidad y quién puede hacerla efectiva.

El incumplimiento de la obligación de evaluar al cliente constituye a efectos disciplinarios una infracción grave.<sup>50</sup> Pero también tiene efectos civiles de carácter contractual. La evaluación es una obligación contractual que recae sobre las entidades que ofrezcan el acceso al crédito hipotecario. Esta obligación se desprende de la oferta del servicio y de las condiciones generales que deben recoger el contenido de la evaluación. La entidad no puede *“rescindir el contrato de crédito debido a que la información facilitada por el consumidor antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta”*.<sup>51</sup> Es el profesional quien debe velar por la correcta evaluación del cliente y no debe concertar el crédito cuando la información suministrada por el cliente no es completa. Pero de haber incumplido esta norma de conducta, no puede hacer recaer el efecto sobre el consumidor. Según dice la STS 244/2013: *“Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica.”* Al aplicar esta doctrina a la oferta de préstamos hipotecarios resulta que la información recibida del cliente sobre la evaluación de la solvencia desempeña una función integradora del contrato, haciendo al función de instrucciones a la entidad para el desarrollo de la contratación. Luego, en aplicación por analogía de esta doctrina del Tribunal Supremo, la evaluación de la solvencia es un elemento esencial de la contratación de préstamos hipotecarios emitidos por entidades de crédito que integra la diligencia debida por el profesional en la oferta y contratación de préstamos hipotecarios. Según sigue diciendo la STS 244/2013: *“Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida”*.

---

<sup>50</sup> Según dispone el art. 93, letra f), de la Ley 10/2014: *“Ejercer actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del artículo 5 [en el que se incluye la obligación de evaluar la solvencia del cliente], siempre que ello no suponga la comisión de una infracción muy grave de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, salvo que tenga carácter ocasional o aislado”*.

<sup>51</sup> Art. 20.3 Directiva 2014/17/UE.

Cuando el cliente proporcione una información errónea o falsa la entidad no asume responsabilidad,<sup>52</sup> salvo que conozca dicha circunstancia.

En cualquier caso, existe un deber de aviso del riesgo de contratar un crédito hipotecario en contra de la evaluación de la solvencia o cuando dicha evaluación no se ha realizado. Esta solución de cierre del sistema de responsabilidad resulta semejante al que existe en el mercado de valores para el test de conveniencia.

La incoherencia entre el perfil del cliente y la oferta constituye un *“incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes”*. Doctrina de la STS 244/2013 aplicable al mercado del crédito hipotecario, de tal modo que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del cliente y abstenerse de ofrecerle productos incoherentes a su perfil constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos.

## 10. REFLEXIONES FINALES

Las crisis son ricas en experiencias y nos permiten avanzar en el conocimiento. Ahora sabemos que la transparencia informativa puede ser el mejor desinfectante, pero no permite a los clientes adoptar decisiones racionales sobre productos complejos como el crédito hipotecario. Hace falta poner freno al oportunismo de la banca con medidas efectivas como la obligación de evaluar la solvencia del cliente. Esta medida no es paternalista. Es una medida que favorece la contratación en el mercado del crédito. La vuelta a la racionalidad a la concesión de crédito, permitirá recobrar la confianza en los bancos.<sup>53</sup> Es una medida que fortalece la solvencia de la entidad prestamista y protege el interés del cliente y que afecta a la relación contractual. Necesitamos un contrato adecuado a la medida de las necesidades del cliente.

La evaluación de la solvencia es una norma de conducta cuyo objetivo es conocer al cliente para ofrecerle el producto más adecuado. Es una evaluación que se asemeja al test de idoneidad del mercado de valores. De tal modo que la prestación del servicio de acceso al crédito se condiciona a la superación de la evaluación. Sin evaluación no se puede dar crédito. Tampoco se puede ofrecer crédito a quien carece de la solvencia necesaria para cumplir con sus obligaciones.

---

<sup>52</sup> Emilio Díaz Ruiz, “Crédito bancario responsable”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario-2011, p. 228.

<sup>53</sup> Para Iain Ramsay la cuestión fundamental en relación con el crédito responsable: *“is the standard to be achieved. Presumably the goal is to reduce the level of over-indebtedness or debt default to a socially acceptable level”*, en *“From Truth in Lending to Responsible Lending”*, G. Howells, A. Janssen & R. Schulze, *Information Rights and Obligations*, Ashgate, 2005, p. 15.

La sanción al incumplimiento del deber de evaluar al cliente será la que corresponda en el régimen sancionador del mercado del crédito. Pero además este incumplimiento tiene efectos contractuales del mismo modo que el incumplimiento de las normas de conducta derivadas de la MiFID genera la responsabilidad del prestador del servicio. La solución puede ser la nulidad por contrariar normas de orden público, pero también puede haber consecuencias indemnizatorias. La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaria es del profesional. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión irracional de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones. Es el banco quien debe medir la capacidad de reembolso del cliente y abstenerse de dar crédito a quien no supera la evaluación de solvencia.

## BIBLIOGRAFÍA

Agabitini, Chiara, “Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il 'bene casa'”, *Rivista critica del diritto privato*, Vol. 29, Nº 1, 2011, págs. 61-102.

Busto Lago, José Manuel (Coord.): *El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercado hipotecario y concurso. Actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 12-13 de noviembre de 2009*, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2010.

Cuena Casas, Matilde, “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 20, 2014, págs. 161-185.

Cuena Casas, Matilde, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 7, 2009, págs. 91-112.

Cuena Casas, Matilde / Colino Mediavilla, José Luis (Coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Reuters, 2009.

Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, enero de 2012.

De la Peña, Luis / López-Frías, Juan, “Crédito y responsable: nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 32, Nº 130, abril-junio 2013, págs. 47-78.

Díaz Ruiz, Emilio, “Crédito bancario responsable”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario, 2011, págs. 224-228.

Díaz Ruiz, Emilio / Iglesias Rodríguez, Julio, "A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 30, Nº 124, 2011, págs. 213-246.

Díaz Ruiz, Emilio / Ruiz Bachs, Salvador, "El depósito bancario estructurado", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 22, Nº 89, 2003, págs. 9-56.

Martínez Carrascosa, José, "Mercado Hipotecario: Nuevos retos, nuevas soluciones", *Escritura Pública*, Nº 53, 2008, pp. 6-11.

Mirone, Aurelio, "L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto", *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 63, Nº 5, 2010, págs. 557-592.

Nasarre Aznar, Sergio, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 87, Nº 727, 2011, págs. 2665-2737.

Natoli, Roberto, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Il diritto della banca e della borsa, Studi e Dibattiti, 53, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

Pisarello, Gerardo, "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", *Revista Catalana de Dret Públic*, Nº 38, 2009, págs. 1-13.

Pulgar Ezquerro, Juana, "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario", *Revista de derecho mercantil*, Nº 291, 2014, págs. 207-232.

Pulgar Ezquerro, Juana, "Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 9, 2008, págs. 43-73.

Ramsay, Iain, "From Truth in Lending to Responsible Lending", Howells, G. / Janssen, A. / Schulze, R., *Information Rights and Obligations*, Ashgate, 2005, pp. 47-66.

Zunzunegui, Fernando, "Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 32, Nº 129, 2013, págs. 35-76.

Zunzunegui, Fernando, "Negociación de Swaps por cuenta propia", en Zunzunegui, F. (coord.), *Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Editorial Cóllex, Madrid, 2012, págs. 653-684.