

UNA INVITACIÓN A LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE: NORMAS PRUDENCIALES A FAVOR DEL CONSUMIDOR EN LOS PRÉSTAMOS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL (A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2014)*

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN: La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, tiene por objetivo garantizar que todos los consumidores que concluyan contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial disfruten de un elevado grado de protección. Este marco común que se debe transponer no sólo comprenderá la armonización mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sino también la armonización a través de normas prudenciales. Es precisamente en el sector de la financiación para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial donde el legislador europeo considera oportuno que se dicten normas prudenciales en beneficio de los consumidores

En términos generales, la regulación prudencial abarca aspectos muy diversos, como las restricciones en las actividades y activos de la matriz, separación de la banca del sector real, restricciones competitivas, requerimientos de capital, seguros de depósito, requerimientos de revelación, autorización para que puedan operar bancos y supervisión bancaria. En aquellos sectores en los que se regulan operaciones bancarias o financieras que suponen operaciones crediticias con consumidores, puede haber normas prudenciales específicas para protegerlos.

Surgen inicialmente varias cuestiones: ¿Quién puede dictar las normas de supervisión para una mayor protección del consumidor que necesita la financiación de una entidad de crédito para la adquisición de un bien inmueble de uso residencial? ¿Cuál debe ser el rango normativo? ¿Qué materias pueden ser objeto de regulación por normas prudenciales? ¿Quién es el organismo competente para vigilar el cumplimiento de las normas prudenciales *pro consumatore*? ¿Cómo inciden las normas prudenciales en la contratación bancaria? ¿Y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento en el contrato de préstamo bancario?

Estas cuestiones son objeto de estudio en este artículo.

ABSTRACT: *Directive 2014/17/UE, of 4 February 2014, pretends to guarantee consumers to conclude credit agreements relating to residential immovable property with a higher level of protection. This common frame to be implemented covers not only harmonization through national legal, regulative and administrative rules but also harmonization across prudential law. Is in the field of housing finance for consumers where the European legislator aims to establish prudential rules for the benefit of consumers.*

On the whole, prudential law covers many different fields, such as constraints in assets and operations in the Parent Company, separation between banking and real sector, competitive constraints, capital charges, deposit insurance, disclosure requirements, authorization for banks to operate and banking supervision. In those fields where bank and financial operations implying credit operations with consumers, there can be specific prudential rules to protect them.

Initially, several issues arise: What authority is allowed to establish monitoring standards to achieve a higher consumer protection relating to acquisition of residential immovable property? What is the appropriate legal instrument to implement them? What issues can be regulated though prudential rules? What body is entitled to monitor compliance with prudential rules from the perspective of consumer

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D DER2013-48813-C2-1P «Estudio transversal de los préstamos hipotecarios responsables» (investigador principal, K.J. Albiez Dohrmann).

protection? What is the influence of prudential rules on banking contracts? What are the consequences for non-compliance of prudential rules in bank loan agreements?

In the following lines we will deal with these matters.

PALABRAS CLAVE: Normas prudenciales, supervisión bancaria, contratación bancaria, préstamo, préstamo hipotecario, información precontractual, solvencia económica, bienes inmuebles de uso residencial, consumidor.

KEY WORDS: *Prudential rules, banking supervision, banking contracts, loan, mortgage loan, pre-contractual information, financial capacity, residential immovable property, consumer.*

SUMARIO: 1. CONDUCTA Y ESTABILIDAD FINANCIERA: DOS PILARES DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE. 2. CIERTO CARÁCTER TUITIVO DE LAS NORMAS REGULADORA DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA. 3. LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS PRUDENCIALES EN LA DIRECTIVA 2014/17/UE. 4. EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS PRUDENCIALES: NORMAS DE SUPERVISIÓN BANCARIA. 5. NORMAS PRUDENCIALES CUYO DESTINATARIO ES EL CONSUMIDOR. 6. ALGUNAS CUESTIONES PARA UNA BUENA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO DE LAS NORMAS PRUDENCIALES A FAVOR DEL CONSUMIDOR. 6.1 *Competencia para dictar normas prudenciales.* 6.2. *El rango normativo de las normas de protección del consumidor.* 6.3 *Organismo competente para supervisar el cumplimiento de normas prudenciales.* 6.4 *Materias en favor de una mayor protección del consumidor que podrían ser objeto de normas prudenciales* 6.4.1. La solvencia económica del consumidor. 6.4.2. La información al consumidor. 6.4.3. La transparencia en la contratación bancaria. 6.4.4. Especial supervisión prudencial de contratos de crédito que difieren de los contratos de crédito estándar. 7. CONSECUENCIAS PARA LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS PRUDENCIALES DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. 8. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONDUCTA Y ESTABILIDAD FINANCIERA: DOS PILARES DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE

La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, tiene por objetivo garantizar que todos los consumidores que concluyan contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial disfruten de un elevado grado de protección. Este objetivo, que pretende ser elevado según la propia Directiva, contrasta con la regulación normativa de cada uno de los temas que toca. Son muy pocas las normas que realmente garantizan los derechos de consumidores cuando conciertan un producto de crédito para la financiación de la adquisición de un bien inmueble de uso residencial. La mayoría de las normas están pensadas para garantizar una conducta más concienciada de las entidades y los intermediarios de crédito cuando concluyan con un usuario un contrato de crédito¹, lo que, evidentemente, debe beneficiar al consumidor, pero, sobre todo, puede garantizar una mayor estabilidad financiera. Se dice expresamente en la Directiva que «la crisis financiera ha demostrado que el

¹ El núcleo central del contenido de la Directiva, en palabras de RONCERO SÁNCHEZ, A., «puede sistematizarse en dos grandes bloques de materias: las normas de conducta y requisitos generales de actuación que los Estados Miembros deben imponer a quienes ejercen la actividad de concesión de préstamos hipotecarios o prestan el servicio de asesoramiento para la contratación de dichos préstamos y las medidas más específicas relacionadas con la celebración de un concreto contrato de préstamo hipotecario», «La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario», *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, dir. M^a Á., Alcalá Díaz, Dykinson, 2014, pp. 51-52. Una lectura más resumida ofrece GARCÍA DE PABLOS, J.F., «La nueva directiva sobre hipotecas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 28 septiembre 2014.

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» (Cdo. 3). Ciertamente, ha habido un comportamiento irresponsable por muchos de los participantes en este sector, como en muchos otros sectores donde ha fluído a veces alegremente el crédito, pero ese comportamiento, que ha resultado perjudicial sobre todo para los más débiles —consumidores o no—, ha sido interesado, aun con riesgos, porque las entidades de crédito pensaron más en las ganancias inmediatas que en las eventuales pérdidas en el futuro.

Aunque la Directiva contiene medidas con las que se puede combatir la irresponsabilidad en la concesión de préstamos, se quedan en medidas de conducta que no trascienden realmente al contrato de crédito. A la vista de nuestra normativa, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios —que tuvo en cuenta la Propuesta de la que hoy es la Directiva 2014/17/UE—, poco ha servido para una mayor responsabilidad de las entidades de crédito. Corresponde ahora al poder legislativo decidir si quiere potenciar la protección de los usuarios o si prefiere limitarse a la transposición de la Directiva, habida cuenta de que, a excepción de algunas materias, es una directiva de mínimos.

2. CIERTO CARÁCTER TUITIVO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

Es a partir de la década de los ochenta del siglo pasado cuando se dictan las primeras normas dirigidas específicamente a una mayor protección del cliente bancario², optando decididamente por la adopción de medidas tuitivas de carácter informativo para garantizar a los usuarios de los servicios bancarios un mejor conocimiento de los productos que suscriben³. Entre las normas más importantes está la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito⁴, derogada por la actual Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. La primera Ley fue desarrollada mediante la Orden de 12 de diciembre de 1989, que incide de un modo directo en la contratación bancaria al menos en algunos

² Ampliamente tratado por IZQUIERDO CARRASCO, M., «Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por las entidades de crédito», *Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, dirs. S. Muñoz Machado/J.M. Vega Serrano, Ed. Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2013, pp. 681 y ss.

³ LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Disciplina bancaria y protección del consumidor», *EC*, Año XII, núm. 42, 1997, p. 9.

⁴ De acuerdo con el artículo 48.2 de esta Ley, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que establezca un conjunto de obligaciones específicas en las relaciones contractuales entre bancos y clientes y exija la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regule determinados aspectos de su publicidad. En virtud de esta habilitación normativa, se aprueba la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, desarrollada después por la Circular de 7 de septiembre de 1990. Con anterioridad a aquella Ley se había aprobado La Orden de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y condiciones y sobre normas de actuación de las entidades de crédito. Esta Orden fue modificada por otra de 16 de junio de 1988. Estas dos Órdenes fueron derogadas por la Orden de 12 de diciembre de 1989.

aspectos importantes. A esta Orden suceden otras que imponen obligaciones a las entidades de crédito en la contratación con el cliente. A su vez se dictan circulares por el Banco de España desarrollando las órdenes ministeriales. Tanto la anterior Ley como la vigente no se refieren específicamente al consumidor, sino al cliente bancario en general, lo que obliga a una mayor protección mediante los principios y las normas del Derecho de consumo cuando la otra parte del contrato bancario es un consumidor⁵. Otra ley que pretende proteger a los usuarios de servicios financieros es ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Es en los años noventa del siglo pasado cuando se aprueba por primera vez una ley que regula los créditos de consumo como consecuencia de la transposición de la Directiva 87/102/CEE, de 26 de diciembre de 1986, en materia de crédito de consumo. Es la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo. Esta Ley es sustituida por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos al crédito de consumo a causa de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, que deroga la anterior.

Aparecen otras leyes que tienen por objeto proteger a los consumidores en operaciones bancarias como Ley 28/1988, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que se refiere a los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición. Por otra parte, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, incorporando con ello la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre. Otra ley dirigida a los bancos que contratan con consumidores es 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.

La Directiva 2014/17/UE dice en uno de sus Considerandos que es objetivo suyo garantizar que todos los consumidores que concluyan contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección.

A nivel autonómico se aprobó por la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria (en estos momentos esta Ley está recurrida ante el Tribunal Constitucional). En Andalucía existe en estos momentos un Anteproyecto de Ley para la Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en la Contratación Hipotecaria sobre vivienda.

3. LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS PRUDENCIALES EN LA DIRECTIVA 2014/17/UE

El objetivo de la reciente Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, es, según el artículo 1, «establecer un marco común en relación con ciertos aspectos de las

⁵ Afirma LÓPEZ SÁNCHEZ que habida cuenta de que los consumidores, en relación con los bienes y servicios bancarios, han de gozar de una «protección prioritaria», op. cit. p. 22.

disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito, como base para la elaboración de normas efectivas de suscripción con respecto a los bienes inmuebles de uso residencial en los Estados miembros, así como para determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión, incluso para el establecimiento y la supervisión de los intermediarios de crédito, los representantes designados y las entidades no crediticias».

Este marco común no sólo comprenderá la armonización mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sino también la armonización a través de normas prudenciales. En el Considerando 83 de esta Directiva, se dice expresamente que «los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal». El Considerando 83 establece claramente que hay aspectos de la Directiva que deben ser transpuestos mediante normas prudenciales y otros mediante normas civiles y penales, sin mencionar, sin embargo, que la transposición puede tener lugar también a través de normas administrativas. Aun siendo una Directiva de consumidores⁶, el mencionado Considerando no se refiere al Derecho de consumo, a no ser que entienda que forma parte del Derecho civil, lo cual no deja de ser sorprendente dada la difícil ubicación del Derecho de consumo en un Derecho tan tradicional como es el Derecho civil. Pero igual de llamativo resulta que la Directiva 2014/17/UE parezca negar el carácter mercantil de las normas que se dicten para su transposición.

Como veremos a continuación, las normas prudenciales tienen un significado específico que nada tiene que ver con el de las normas civiles o penales. Son normas de naturaleza administrativa. Tienen, no obstante, en común que regulan un específico sector de la contratación bancaria en el que el cliente es consumidor.

4. EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS PRUDENCIALES: NORMAS DE SUPERVISIÓN BANCARIA

En la Directiva se usa una terminología que aun no siendo nueva resulta, no obstante, desconocida para la mayoría de los juristas de nuestro país, seguramente por su poco uso en el lenguaje jurídico y porque queda reducido principalmente al ámbito bancario. La misma terminología aparece, entre otras, en las versiones inglesa (*prudential law, certain prudential*), francesa (*droit prudentiel, exigences prudentielles*) e italiana (*norme*

⁶ Me parece muy apresurada la conclusión que formula AGÜERO ORTIZ, A., según la cual la Directiva no está pensada para los consumidores sino para proteger a las entidades crediticias, «Comentario e interpretación de la nueva Directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una Directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea» (www.uclm.es/centro/cesco [15 de julio 2014], p. 18).

prudenziali, requisiti prudenziali). Aunque en otros países quizá sea más generalizada esta terminología, hubiera sido deseable una definición en la Directiva de lo que se entiende por normas y requisitos prudenciales. El legislador comunitario, tan proclive a explicar toda clase de términos, podría haber definido las normas prudenciales en el artículo 4, incluso lo que entiende por requisitos prudenciales.

Hay directivas que no incorporan en su texto normas o requisitos prudenciales aun cuando regulan también materias bancarias. Así, la Directiva 2008/48/CE, de 28 de abril, que reemplaza la Directiva 87/102/CEE, de 26 de diciembre, relativa a los contratos de crédito de consumo. Esta Directiva se limita a establecer en el artículo 1 que se pretende armonizar determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo. No exige, sin embargo, que se fijen determinados requisitos en materia prudencial, como ahora la Directiva 2014/17/UE.

En otras Directivas, como en la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y de las empresas de inversión, ya se utiliza el término prudencial. En la Directiva 2013/36/UE no sólo aparece en el título sino también en el artículo 1 al fijar el objeto de la misma. Dispone el precepto: «La presente Directiva establece normas sobre: a) el acceso a la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión (en lo sucesivo denominadas conjuntamente «entidades»); b) las facultades e instrumentos de supervisión para la supervisión prudencial de las entidades por parte de las autoridades competentes; c) la supervisión prudencial de las entidades por parte de las autoridades competentes de manera compatible con las normas que establece el Reglamento (UE) nº 575/2013; d) los requisitos de publicación para las autoridades competentes en el ámbito de la regulación y la supervisión prudencial de las entidades». La Directiva 2013/96/UE da hasta 59 definiciones, pero tampoco dice qué significa «supervisión prudencial».

El término «prudencia» aparece en el Diccionario de la Real Academia Española con tres acepciones, pero sin que ninguna pueda ayudarnos a comprender el verdadero significado de las normas o requisitos prudenciales. Nos dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que la prudencia es una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguir o huir de ello. También significa templanza, cautela, moderación. Por último, la prudencia es sensatez, buen juicio.

La Directiva 2014/17/UE en el artículo 28.1 dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución. Al margen de la enorme imprecisión de esta norma generalista, está diciendo que las entidades crediticias deben ser prudentes, es decir, deben actuar con templanza, cautela, moderación antes de instar cualquier acción contra el deudor moroso. ¿Esto cómo se puede concretar

legalmente? El acreedor tiene derecho a reclamar su crédito, y lo hará normalmente buscando la vía más expeditiva, cual es el juicio ejecutivo.

Tampoco se deben confundir las normas prudenciales con la valoración prudente que debe tener una entidad a la hora de evaluar la concesión de un crédito. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, utiliza el término «prudente» seguramente atendiendo a la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española (templanza, cautela, moderación) cuando dispone en el artículo 18.2, letra d, que «en el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración». Ha de precisarse que el artículo 18 establece una serie de normas para que el préstamo sea responsable, pero no lo condiciona a que sea para la adquisición de un bien inmueble de uso residencial ni que el prestatario sea necesariamente un consumidor. Es en el capítulo segundo de la Orden Ministerial donde se regulan específicamente los créditos y préstamos hipotecarios siendo objeto de la hipoteca una vivienda. El crédito o préstamo hipotecario puede tener por finalidad adquirir o conservar derechos sobre terrenos o edificios construidos o por construir (cfr. art. 19.1). No obstante, el artículo 18 es de aplicación a los créditos y préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo 19.

En normas más generales, como en el artículo 7.6 Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, se hace alusión a la supervisión prudencial (al igual que en la Ley 12/1998, de 28 de abril, que no modifica el art. 7.6). La Ley atribuye la supervisión prudencial al Banco de España.

Las normas o requisitos prudenciales son términos que proceden del mundo anglosajón, donde son de uso común, especialmente en el ámbito bancario y financiero. Y desde allí han pasado a los países latinoamericanos, que los utilizan con frecuencia en la regulación legal de las actividades bancarias y financieras.

Según MISHKIN, la regulación de carácter prudencial implica, como su propio nombre indica, un ejercicio preventivo donde el gobierno establece las regulaciones dirigidas a la disminución del riesgo y los supervisores monitorean (sic) a los bancos respecto del cumplimiento de las normas y de la asunción de riesgos excesivos⁷.

Una definición encontramos en un texto de la Comunidad Andina sobre la Armonización de las Normas Prudenciales (21 de mayo de 2001): «las normas prudenciales por definición son el conjunto de leyes y reglamentos que regulan la actividad financiera y que tienen como objetivo proteger al consumidor de servicios financieros y velar por la estabilidad del sistema financiero». Es una definición amplia

⁷ *Prudential Supervisión: Why is it important and what are the issues?*, marzo de 2000 (cita tomada de ÚSTÁRIZ GONZÁLEZ, L.H., «El Comité de Basilea y la supervisión bancaria», *VNIVERSITAS, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia*, 2003, p. 441).

en cuanto a su objetivo ya que las normas prudenciales no tienen normalmente por objetivo la protección del consumidor, en todo caso algunas normas prudenciales pueden estar destinadas a una mayor protección de este sujeto económico, pero la mayoría de las normas prudenciales van dirigidas a los bancos y a las entidades financieras que operan en el mercado crediticio en un país o en un área económica determinada.

En las normas de supervisión principalmente se prevé la constitución de un organismo supervisor para que las entidades bancarias y financieras sean controladas por él, si bien es inevitable que con la supervisión se beneficie directa o indirectamente a los clientes⁸.

A nivel del mercado bancario y financiero internacional, uno de los principales organismos que dicta normas de supervisión es el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea⁹ (BCBS, por sus siglas en inglés, o el Comité) y su órgano de vigilancia, el Grupo de Gobernadores y Jefes de Supervisión de BIS (GHoS). Como consecuencia de la última crisis económica en Europa, se ha publicado en el año 2013 el texto Basilea III (Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios) que contiene un conjunto de nuevas normas prudenciales que modifican el texto Basilea II, y que fueron acordadas y anunciadas por el Comité de Basilea y los gobernadores y Jefes de Supervisión en sus notas de prensa de julio y septiembre de 2010. Incluye también el primer conjunto de medidas publicadas en julio de 2009 para mejorar la captura de riesgos en la cartera de negociación, la gestión de riesgos por las entidades y el proceso de examen supervisor, así como la divulgación de información y disciplina de mercado. Las nuevas medidas contienen reformas en la regulación del capital así como en la regulación de la liquidación, la adopción de medidas macroeconómicas; se ha decidido igualmente aumentar el nivel de los requisitos mínimos de capital y se han

⁸ Afirma JIMÉNEZ CARRILLO DE ALBORNOZ, J.A., que «el fin de la regulación y supervisión de las entidades crediticias está en alza primar los intereses (y, por ende, derechos), de los contribuyentes» —se refiere la regulación de supervisión bancaria—, *Regulación bancaria y crisis financiera*, Ed. Atelier, 2013, p. 83.

⁹ Este Comité puede ser calificado como una *public (governmental) nonmarket standard-setting organization*, en la medida en que es la única red transnacional, basada en la colaboración de entidades reguladoras y supervisión, que opera en el ámbito global como institución de referencia para la producción de normas del sector bancario, de modo que sus acuerdos alcanzan la condición de estándares globales sin competir con ningún otro organismo de estandarización. Vid., DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Los instrumentos normativos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del Derecho», *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, dir. M^a A. Salvador Armendáriz, Ed. Aranzadi, 2014, pp. 131 y ss., en particular, pp. 137 y ss. En la misma obra colectiva, vid. también LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., «El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público», pp. 184 y ss. En otra obra colectiva, se expone la influencia del Comité de Basilea en la toma de decisiones para una mayor transparencia bancaria, vid. GUTIÉRREZ ALONSO, J. J/GUICHOT REINA, E., «La transparencia en la regulación bancaria», *Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, dirs. S. Muñoz Machado/J.M. Vega Serrano, Ed. Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2013, pp. 212 y ss. En la misma obra MÍNGUEZ PRIETO R., «La incidencia de las normas prudenciales bancarias en estructuras de financiación mercantiles», pp. 629 y ss.

fijado los nuevos colchones de capital. El nuevo paquete de medidas de capital y liquidez ha entrado en vigor el 1 de enero de 2013. Para entonces, los países miembros deberán haber transpuesto las normas de regulación de capital a sus respectivas legislaciones. No obstante, se fija un calendario que permite la implantación gradual de las medidas que, en el caso de las de capital, deberán estarlo plenamente el 1 de enero de 2019. La ratio de liquidez a corto plazo se introducirá el 1 de enero de 2015 y la ratio de liquidez estructural el 1 de enero de 2018. A juicio de IBÁÑEZ SANDOVAL, Basilea III supone una mejora sustancial de la regulación prudencial de la banca. No sólo respecto al coeficiente de solvencia, con el endurecimiento de la definición de capital, de la captura de riesgos y del porcentaje de la ratio mínima, sino también porque incorpora una serie de elementos ausentes en la normativa actual. Los nuevos requerimientos cuantitativos de liquidez, la ratio de apalancamiento y algunos elementos macroprudenciales como el tratamiento de la prociclicidad¹⁰ o el de las entidades sistémicamente importantes¹¹. El texto de Basilea III, como los anteriores, son normas de *soft law*, porque su incumplimiento no tiene sanciones jurídicas¹², pero suscribirlas supone para los bancos y las entidades financieras un plus de credibilidad en el mercado internacional. Las normas de los textos de Basilea son tenidas en cuenta a veces también por leyes comunitarias y nacionales (vid. la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que en su Preámbulo se refiere expresamente a los textos Basilea I y II).

A nivel del espacio económico europeo, las principales normas son la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, y el Reglamento (UE) nº 575/2013, de 26 de junio. Mediante estos textos y otros se han incorporado al Derecho europeo las normas del Texto Basilea III. A diferencia de las normas del Texto Basilea III, las normas comunitarias son vinculantes para los Estados miembros, debiendo ser transpuestas a sus ordenamientos.

La Directiva 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 575/2013 han sido transpuestos en España mediante la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito¹³. Esta Ley, según su Preámbulo, «viene impulsada por dos poderosas corrientes. Una es la evolución internacional del Derecho bancario y la otra es la constatación de que la crisis financiera ha dejado sobre la necesidad de mejorar la calidad de la regulación prudencial de entidades de crédito [sic]». Añade el Preámbulo que «se pretende ahora armonizar los requisitos prudenciales de la normativa de solvencia a escala global, evitando indeseables arbitrajes entre diferentes jurisdicciones

¹⁰ Es un término económico y de mercado. Significa la situación por la cual el movimiento de una o más variables responde al unísono al movimiento de otra.

¹¹ «Los nuevos requisitos regulatorios de Basilea: Contenido, justificación económica e impacto sobre el negocio bancario», *El sistema bancario tras la gran Recesión*, coords. J. Pérez y J. C. Díez, Colección Mediterráneo, nº 19, Ed. CAJAMAR *et al.*

¹² JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *op. cit.*, p.36.

¹³ Antes se había aprobado el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

y, al mismo tiempo, mejorar las herramientas de cooperación internacional entre los supervisores».

Según USTÁRIZ GONZÁLEZ, la regulación prudencial abarca aspectos muy diversos, como las restricciones en las actividades y activos de la matriz, separación de la banca del sector real, restricciones competitivas, requerimientos de capital, seguros de depósito, requerimientos de revelación, autorización para qué puedan operar bancos y supervisión bancaria¹⁴.

Se trata, pues, de normas que regulan y supervisan la actividad bancaria y financiera de las entidades de crédito, con objetivos muy diferentes. Son normas de carácter preventivo dirigidas principalmente a los bancos y a las entidades financieras. Son también normas profesionales por cuanto regulan la conducta de las entidades de crédito¹⁵, pudiendo ser supervisada dicha conducta por un organismo competente para ello. En nuestro país la función de supervisión es asumida por el Banco de España¹⁶, si bien su papel pierde cada vez más relevancia en pro del Banco Central Europeo. Su incidencia en el mercado puede ser decisiva si realmente se supervisa la actividad bancaria y financiera por los organismos competentes para comprobar el efectivo cumplimiento de las normas prudenciales.

Cabe entender, pues, por normas prudenciales todas aquellas cuyo cumplimiento por las entidades de crédito debe ser supervisado por un organismo competente. Quien supervise estará siempre pendiente de una norma previa. No se tiene competencia para supervisar si no existe una norma que lo permita. Toda supervisión —dice JIMÉNEZ CARRILLO DE ALBORNOZ— depende de una previa legislación, con un contenido más o menos preciso¹⁷ ¹⁸. La supervisión que se otorga implica que se vigila el cumplimiento de las normas de supervisión por parte de las entidades crediticias. Este control no significa, a juicio del autor citado, una supervisión interventora¹⁹.

La Directiva 2014/17/UE exige específicamente la adopción de normas de supervisión dirigidas al control de los intermediarios de crédito y representantes designados (art. 34)²⁰ y de normas de supervisión que deben dictarse por los Estados miembros para la

¹⁴ Op. cit., pp. 441-442.

¹⁵ CUÑAT EDO, V. «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», *Estudios de Derecho bancario y bursátil*, Homenaje a E. Verdura y Tuells, tomo I, Ed. La Ley, 1994, p. 612.

¹⁶ Vid., por todos, IZQUIERDO CARRASCO, M. «La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito», *Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, dirs. S. Muñoz Machado/J.M. Vega Serrano, Ed. Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2013, pp. 449 y ss.

¹⁷ Op. cit., p. 50.

¹⁸ Hay normas prudenciales que tienen incidencia en la regulación del mercado hipotecario. Vid. MÍNGUEZ PRIETO, en la obra colectiva citada en la nota 15, op. cit., pp. 661 y ss.

¹⁹ Idem, p. 53.

²⁰ El Considerando 69 de la Directiva dice: «Los intermediarios de crédito deben someterse a un proceso de reconocimiento por la autoridad competente de su Estado miembro de origen y ser objeto de supervisión permanente para garantizar que cumplen requisitos profesionales estrictos en relación, como mínimo, con su competencia, honorabilidad y seguro de responsabilidad civil profesional».

vigilancia de las entidades no crediticias (art. 35)²¹. El control de supervisión es menor, atendiendo al principio de proporcionalidad, cuando se trata de entidades no crediticias (cfr. Cdo. 75).

Sólo en ocasiones esas normas tienen también por destinatarios directos a los clientes bancarios. En la Directiva 2014/17/UE el destinatario es el cliente-consumidor, que suscribe un préstamo para adquirir un bien inmueble de uso residencial

5. NORMAS PRUDENCIALES CUYO DESTINATARIO ES EL CONSUMIDOR

En aquellos sectores en los que se regulan operaciones bancarias o financieras que suponen operaciones crediticias con consumidores, puede haber normas prudenciales para protegerlos. Las normas prudenciales que se dicten tendrán un cometido muy específico.

Es precisamente en el sector de la financiación para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial donde el legislador europeo considera oportuno que se dicten normas prudenciales. Así lo exige claramente la Directiva 2014/17/UE en su artículo 1 al fijar los objetivos. Hemos llegado a la conclusión de que se trata de normas de supervisión. Cualquier duda que no obstante se tuviera en cuanto al significado de las normas prudenciales debería quedar despejada definitivamente atendiendo a la versión alemana de la Directiva en la cual figura en el artículo 1 la palabra *Aufsichtsrecht*, que significa literalmente en español «derecho de supervisión». Y en la versión española del artículo 1 de la Directiva aparece expresamente el término «supervisión», junto con la expresión «materia prudencial».

¿Cuáles son las materias prudenciales que en pro del consumidor podrían ser transpuestas? Dice el Considerando 83 de la Directiva que «los Estados miembros pueden decidir ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial...». Otros aspectos, por el contrario, se deben transponer, según el mismo Considerando, por medio del Derecho civil o del Derecho penal.

Pero lo verdaderamente singular en esta Directiva es que los Estados miembros pueden aprobar normas de supervisión que protejan al consumidor. Las normas prudenciales no tienen que limitarse exclusivamente a ser normas de supervisión en su sentido más tradicional, esto es, normas de control a las entidades bancarias en sus actividades financieras, sino que pueden servir para que sean controladas en el cumplimiento de sus deberes con sus clientes/usuarios.

²¹ El Considerando 75 requiere a los Estados miembros que garanticen el establecimiento de medidas adecuadas de reconocimiento y supervisión de las entidades no crediticias que otorgan contratos de crédito para bienes inmuebles.

Siguiendo el esquema esbozado más arriba, en primer lugar, se deben dictar normas de supervisión pensadas específicamente en la protección del consumidor. El cumplimiento de esas normas por las entidades de crédito debe ser vigilado por el organismo competente.

6. ALGUNAS CUESTIONES PARA UNA BUENA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO DE LAS NORMAS PRUDENCIALES A FAVOR DEL CONSUMIDOR

Surgen inicialmente varias cuestiones: ¿Quién puede dictar las normas de supervisión para una mayor protección del consumidor que necesita la financiación de una entidad de crédito para la adquisición de un bien inmueble de uso residencial? ¿Cuál debe ser el rango normativo? ¿Qué materias pueden ser objeto de regulación por normas prudenciales? Y ¿quién es el organismo competente para vigilar el cumplimiento de las normas prudenciales *pro consumatore*?

La primera y la tercera pregunta pueden ser examinadas antes.

6.1. Competencia para dictar normas prudenciales

El Banco de España no tiene propiamente potestad normativa, pero puede, para el desarrollo de sus actuaciones, entre las que figura la supervisión de las entidades de crédito, dictar circulares según prevé el artículo 3.1-2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España (este párrafo ha quedado inalterado en la Ley 12/1998, de 23 de abril —vid. art. Primero. 3.1-2—). Las circulares se elaborarán por el Banco de España, tras la emisión de los informes técnicos por parte de los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar²². No corresponde, por tanto, al Banco España dictar propiamente normas de supervisión.

En lo que concierne a las normas de protección del cliente, y por tanto también del consumidor²³, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por el Banco de España, se debe estar a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Conforme a este artículo quien tiene competencia para dictar normas prudenciales es el Ministerio de Economía y Competitividad.

Por la importancia que tiene el artículo 5, al incidir directamente en la contratación bancaria, se transcribe íntegramente:

²² Vid., en particular, 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 (BOE de 6 de julio).

²³ Sobre el particular, específicamente, vid. ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Ed. Bosch, 2014, pp. 85 y ss. (con una extensa referencia bibliográfica sobre la potestad normativa del Banco de España).

«1. El Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a:

a) La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y el Ministro de Economía y Competitividad podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa.

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

c) Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa.

d) Las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de las entidades de crédito.

e) El ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de este artículo a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

»2. En particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:

a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

- b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.
- c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.
- d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.
- e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.
- f) El respeto de las normas de protección de datos.

»Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios.

»3. Las disposiciones que en el ejercicio de sus competencias puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en este artículo no podrán establecer un nivel de protección inferior al dispensado en las normas que apruebe el Ministro de Economía y Competitividad. Asimismo, podrán establecerse con carácter básico modelos normalizados de información que no podrán ser modificados por la normativa autonómica, en aras de la adecuada transparencia y homogeneidad de la información suministrada a los clientes de servicios o productos bancarios.

»4. Las normas dictadas al amparo de lo previsto en este artículo serán consideradas normativa de ordenación y disciplina y su supervisión corresponderá al Banco de España».

Corresponde, pues, al Ministerio de Economía y Competitividad dictar normas —de naturaleza administrativa— para la protección del cliente bancario, sea o no consumidor, pudiendo aprobar, entre otras, normas prudenciales en beneficio de los clientes bancarios, cuyo cumplimiento estará sujeto a la supervisión del Banco de España. El Ministerio de Economía y Competitividad puede dictar normas con un nivel de mayor protección cuando el cliente es un consumidor. El artículo 5 de la Ley 10/2014 suscita, de entrada, algunos temas de interés en relación con la protección del consumidor. La potestad normativa que la Ley atribuye al Ministerio de Economía y Competitividad para intervenir de un modo directo en la contratación bancaria, en particular en la comercialización de préstamos o créditos, regulando normas específicas, tiene consecuencias directas pero a la vez discutibles en el contrato

bancario²⁴. La facultad reglamentaria la tienen también las CCAA, si bien se advierte que las normas que se dicten no pueden tener un nivel de protección inferior a las normas dictadas por el Ministerio de Economía y Competitividad. Sin embargo, pueden articular una protección mayor que la que dispense aquél. Una excesiva disparidad normativa no beneficiaría, sin embargo, la unidad de mercado bancario, tan necesaria para la mejora de la economía del país.

La transposición de la Directiva debería ser impulsada por el Ministerio de Economía y Competitividad. Las CCAA que consideran oportuna su transposición al Derecho autonómico en aras de una mayor protección del consumidor pueden hacerla mediante la Consejería que sea competente para ello, habida cuenta de que tienen competencia en materias relacionadas con la protección del consumidor.

6.2. El rango normativo de las normas de protección del consumidor

Como criterio general, las normas de protección del consumidor tienen rango reglamentario, lo que supone que son normas de carácter estrictamente administrativo que no trascienden propiamente a la contratación bancaria. En virtud del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, el Ministro de Economía y Hacienda para aprobar esta normativa. No obstante, el art. 48.2, por formar parte de la Ley, es de aplicación directa, no pudiendo quedar, como denuncia IZQUIERDO CARRASCO, en manos de un desarrollo reglamentario²⁵.

En la transposición de la Directiva 17/2014/UE se deberían fijar claramente los deberes de las entidades de crédito en sus relaciones con los consumidores, sin perjuicio de que se opte un desarrollo reglamentario para que el Banco de España pueda controlar el cumplimiento de esos deberes.

6.3. Organismo competente para supervisar el cumplimiento de normas prudenciales

Banco de España ha venido ocupando tradicionalmente un lugar primordial dentro de los organismos de supervisión, si bien no es menos cierto que la relevancia que de atañe tenía es cada vez menor por la intervención progresiva e inevitable del Banco Central Europeo²⁶.

Conforme al artículo 7.6 de la Ley 13/1994, el Banco de España «deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y

²⁴ No está claro cuáles son las consecuencias que tiene la infracción de las normas disciplinarias para la contratación bancaria. A estos efectos, vid. en particular, CUÑAT EDO, op. cit., pp. 612-614 y pp. 620-622.

²⁵ Op. cit., p. 697.

²⁶ Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M^a, «Los protagonistas de la contratación bancaria», *Derecho Mercantil*, vol. 7^o, *La contratación bancaria*, coords. G. J. Jiménez Sánchez/A. Díaz Moreno, ed. 15^a, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 35.

mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión» (no ha sido alterado por la Ley 12/1998, de 23 de abril —vid. art. Segundo. 1). Esta función es reseñada nuevamente en el artículo 4.2, letra f, de la Ley 10/2014: «Ejercer la función supervisora [...] de las entidades de crédito [...]». Señala MIRANDA SERRANO que la supervisión se canaliza a través de distintas vías: 1º En primer lugar, obligando a las entidades de crédito a informar extensa y detalladamente al Banco de España de su situación económica y financiera, así como del cumplimiento de sus obligaciones. 2º En segundo lugar, forzando a las entidades de crédito a incrementar sus recursos propios a fin de evitar perjuicios de insolvencia para los depositantes. 3º Finalmente, mediante la fijación de sanciones administrativas y medidas cautelares que incluso pueden conducir a la intervención de la entidad y a la sustitución de sus administradores²⁷. Sin embargo, nada dice el autor sobre la supervisión que, en su caso, corresponde al Banco de España de comprobar el cumplimiento de las normas dirigidas a la protección del cliente bancario, sea o no consumidor. Dado que la Directiva 2014/17/UE se refiere específicamente a la protección del consumidor que solicita a una entidad de crédito un préstamo para la adquisición de un inmueble de uso residencial, las normas prudenciales que se dictasen con este fin deben ser controladas —su cumplimiento— por el Banco de España.

Los actos que lleve a cabo el Banco de España en su supervisión tienen naturaleza administrativa según precisa expresamente el artículo 1.2-2 de la citada Ley reguladora de la autonomía del Banco de España (este párrafo ha quedado inalterado en la Ley 12/1998, de 23 de abril —vid. art. Primero. 1.2—).

Para IZQUIERDO CARRASCO la acumulación en el Banco de España de las funciones de supervisión prudencial y protección de la clientela suscita problemas ya que siempre tiene mayor importancia asegurar la solvencia de las entidades de crédito que proteger al cliente²⁸. Esta realidad ha sido constatada por órganos supervisores externos. Por eso, hay quienes proponen separar la supervisión prudencial y la protección del cliente bancario, incluso se considera que la Comisión Nacional del Mercado de Valores sería un organismo idóneo para eliminar así posibles conflictos de intereses y aprovechar la ventajas de su especialización²⁹.

6.4 Materias en favor de una mayor protección del consumidor que podrían ser objeto de normas prudenciales

Es importante saber cuáles son las materias que podrían ser transpuestas mediante normas prudenciales. Como premisa, ya sabemos que son materias reguladas

²⁷ Op. cit., p. 34.

²⁸ Op. cit., pp. 777-778.

²⁹ Idem, pp. 778-779.

previamente que después pueden y deben ser supervisadas por el organismo competente. Ello implica siempre un control preventivo en beneficio del consumidor.

El Considerando 83 de la Directiva se refiere expresamente a la solvencia económica del consumidor como materia prudencial. Ello sin perjuicio de que los Estados miembros aprueben normas civiles fijando reglas para evaluar las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato. Pero hay otras materias que pueden ser reguladas por normas prudenciales en favor del consumidor.

6.4.1. La solvencia económica del consumidor

En relación con esta materia sujeta a supervisión, el Considerando 57 de la Directiva establece lo siguiente: «La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo. Los Estados miembros deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia».

La solvencia del prestatario consumidor sólo se puede asegurar evaluando previamente su capacidad económica. La necesaria evaluación económica del prestatario-consumidor responde a un principio fundamental, cual es el préstamo responsable —principio que debería extenderse a cualquier cliente bancario, sea no consumidor—. Las entidades de crédito habrán de cumplir unas normas que previamente hayan sido fijadas para la evaluación económica del consumidor —que pueden ser desarrolladas por las circulares del Banco de España— y cuya práctica puede ser objeto de control por el organismo de supervisión. Ello será en beneficio de las propias entidades de crédito pero también del consumidor una vez superado el test de solvencia económica. No obstante, como dice el Considerando 57 *in fine*, «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».

El mandato contenido en el Considerando 57 ordenando que los Estados miembros deben incorporar el principio de la solvencia del consumidor exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de solvencia, no aparece, sin embargo, recogido

expresamente en el capítulo 6 de la Directiva, que regula en los artículos 18 a 20 la evaluación de la solvencia³⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo 18. 1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, podría ser materia prudencial la fijación de criterios para determinar los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 18.2, la materia prudencial podría referirse a los documentos que sean necesarios así como a los procedimientos y su actualización y la información que debe ser requerida para basar la evaluación del consumidor. Podría ser materia prudencial, atendiendo a lo establecido en el artículo 18.5, letra c), el procedimiento que ha de seguirse en caso de que se deniegue la concesión del préstamo por considerar la entidad crediticia que el consumidor no tiene la necesaria solvencia económica para hacer frente a él. También podría formar parte de la materia prudencial la reevaluación de la solvencia del consumidor según el artículo 18.6. Se podrá acordar que sea materia prudencial, por último, conforme al artículo 20.1, 3 y 4, los procedimientos que debe seguir la entidad de crédito para obtener mediante fuentes internas o externas la información necesaria para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia del consumidor³¹.

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, concreta un poco más la Orden EHA/2899/2011.

³⁰ Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, que es la primera ley en España que transpone la Directiva 2014/17/UE, regula en el Artículo 263-2 la evaluación solvencia de la persona consumidora: «1. El prestamista o el intermediario de crédito, antes de conceder el crédito o préstamo hipotecario, debe evaluar la solvencia de la persona consumidora teniendo en cuenta, entre otros criterios, los ingresos presentes y futuros, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros de la persona consumidora, de acuerdo con la información suministrada por esta. Esta evaluación no puede fundamentarse, de forma exclusiva, en el valor del bien inmueble sujeto a la hipoteca. 2. Si, después de la celebración del contrato de crédito o préstamo hipotecario, se prevé un aumento significativo del importe total del crédito otorgado, debe actualizarse la información financiera sobre la persona consumidora y debe volverse a realizar la evaluación de su solvencia, de la forma establecida por el apartado 1. 3. El prestamista debe comunicar a la persona consumidora el resultado de la evaluación de forma inmediata y sin coste para esta. 4. El prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo. En este caso, el prestamista debe advertir por escrito a la persona consumidora de la imposibilidad de concederle el crédito».

³¹ Sobre el particular, vid. BALBUENA RIVERA, M., «Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio», *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, coords. L. Prats Albentosa/M. Cuenca Casas, Aranzadi, 2014, pp. 132 y ss.

No es este el lugar para examinar las consecuencias que tiene para la entidad de crédito la concesión de un préstamo aun cuando el test de solvencia resultara negativo o cuando ni si siquiera se realizase. La novedad que introduce ahora la normativa europea, a juicio de CUENA CASAS, es que el incumplimiento del test de solvencia tenga efectos en la relación contractual de la entidad bancaria o financiera con el consumidor³². No es esta, a priori, la voluntad del legislador comunitario. Al menos en el Considerando 56 *in fine* se puede leer: «La evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. Ello no impide que los Estados miembros puedan dictar una norma que sancione la resolución del contrato de concesión de crédito en caso de que la entidad de crédito no haya cumplido con su deber de comprobar la solvencia del consumidor». Corresponde, pues, al Estado miembro tomar la decisión normativa de que el incumplimiento de los deberes de evaluación de solvencia sea una causa de resolución. Me temo que el legislador español no va a insertar en este sector del ordenamiento jurídico una norma en este sentido.

La Orden EHA/2899/2011 se adelantó a la Directiva 2014/17/UE al tomar en consideración la Propuesta sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial [Com 82011) 142 finales, Bruselas, 31 marzo 2011]. Con carácter general la citada Orden regula en el artículo 18 la evaluación de solvencia para cualquier tipo de préstamo —que la Orden denomina <<responsable>>— sin distinguir, por tanto, entre consumidor y demás clientes bancarios. Esta norma general seguramente se mantendrá en el futuro, si bien habrá que determinar si se deben establecer algunas normas específicas sobre el test de solvencia para una mayor protección del consumidor-prestatario.

La Orden EHA/2899/2011 se refiere específicamente en el artículo 18.1-2 a los procedimientos internos que las entidades de crédito deben llevar a cabo para la evaluación de solvencia del cliente bancario, sea o no consumidor, en caso de solicitud de un préstamo³³. Con la Directiva 2014/17/UE, esos procedimientos internos no sólo deben ser supervisados por la autoridad competente sino que deben contar con unas reglas prudenciales que han de ser fijadas por el Ministerio de Economía y Competitividad (que pueden ser desarrolladas por el Banco de España mediante

³² Sobre el particular, CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *El Notario del Siglo XXI*, julio/agosto, 2014, p. 28.

³³ El Preámbulo de esta Orden Ministerial se refiere a los niveles prudenciales que son necesarios para el préstamo en los términos que siguen: La norma desarrolla los principios generales previstos 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.

circulares). El artículo 18.2 establece que los procedimientos internos deben ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno —verdaderas normas de supervisión—. Á su vez, la entidad prestamista deberá tener en consideración aspectos concretos que se relacionan en el artículo 18.2, que coinciden en lo sustancial con las normas de la Directiva 2014/17/UE, si bien son aspectos que se deben contemplar sea quien sea el prestatario y con independencia de para qué se pide el préstamo.

6.4.2. La información al consumidor

La Directiva 2014/17/UE articula el deber de información sobre tres ejes: la información básica mediante publicidad, la información general y la información personalizada (llamada también precontractual).

- La información básica a la que se refiere el artículo 11 de la Directiva —en la medida en que la publicidad es información— es una materia apropiada para que sea regulada en normas prudenciales a instancia del Ministerio de Economía y Competitividad. A la información básica se refiere, con carácter general, sin distinguir si es para consumidores, el artículo 5 de la Orden EHA/2899/2011, si bien de forma muy elemental: «Toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios». Al margen de las normas generales en materia de publicidad y de defensa del consumidor (cfr. arts. 60, 61 y 65 TRLGDCU en su versión de 2014) y de las normas civiles que se dicten específicamente para la información básica que se debe dar a los consumidores interesados en un producto bancario para la adquisición de un bien inmueble de uso residencial, se pueden establecer normas prudenciales sobre la información básica acorde con el artículo 11 de la Directiva con el fin de que su cumplimiento por las entidades de crédito sea supervisado por el Banco de España. En el Considerando 37, la Directiva dispone que para que el consumidor pueda comparar distintas ofertas, «es preciso establecer disposiciones específicas sobre la publicidad de los contratos de crédito y elaborar una lista de los datos que han de figurar en la publicidad y el material promocional dirigidos a los consumidores cuando dicha publicidad especifique tipos de interés o información cuantitativa sobre el coste del crédito».
- El artículo 13.1 de la Directiva 2014/17/UE se refiere a la información general que las entidades de crédito deben prestar a los consumidores. El cumplimiento de este deber de información general, que debe ser prestado por las entidades de crédito, puede ser concretado en normas prudenciales. El mandato que lanza

el citado precepto a los Estados miembros consiste en que garanticen que «los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados faciliten en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito. Además, los Estados miembros podrán disponer que faciliten información general los intermediarios de crédito no vinculados». Podemos y debemos asumir la defensa de este deber de información general que hace la Directiva en el Considerando 38 al afirmar que «la información general desempeña un papel importante a la hora de instruir a los consumidores en relación con la amplia gama de productos y servicios disponibles y sobre las características esenciales de los mismos. Conviene, por tanto, que el consumidor tenga, en todo momento, acceso a la información general relativa a los productos de crédito disponibles. En caso de que este requisito no sea aplicable a los intermediarios de crédito no vinculados, ello debe entenderse sin perjuicio de la obligación de dichos intermediarios de facilitar a los consumidores información precontractual personalizada». Y en el Considerando siguiente hace hincapié en que el consumidor «reciba información sobre el crédito, con independencia de que trate directamente con un prestamista o un intermediario directo».

- Por lo que respecta a la información personalizada o precontractual estará, en principio, suficientemente garantizada transponiendo correctamente la Directiva mediante normas civiles y cumplimentando la ficha europea de información normalizada (FEIN), la cual proporciona al consumidor información personalizada sobre el contrato de crédito que va a suscribir (vid. Cdo. 40). No obstante, los Estados miembros pueden mejorar la FEIN que figura en el Anexo II de la Directiva al menos en el lenguaje, en la estructura y en el contenido. Esta facultad la tienen los Estados miembros según el Considerando 43, en el cual se puede leer: «Los Estados miembros deben poder ampliar o precisar las instrucciones de cumplimentación de la FEIN tomando como base las instrucciones establecidas en la presente Directiva». La facultad de poder mejorar la FEIN tiene un límite: no se puede, en ningún caso, modificar el modelo previsto en el Anexo II. Al comienzo del Anexo II se ordena explícitamente que «el texto del presente modelo se reproducirá tal cual en la FEIN» —norma de contenido máximo—. En las Instrucciones para cumplimentar la FEIN se dispone que «se seguirán como mínimo las instrucciones que figuran a continuación», si bien «los Estados miembros podrán desarrollar o precisar en mayor medida las instrucciones de cumplimentación de la FEIN».

En nuestro ordenamiento jurídico se pretende asegurar esta información al menos cuando se trata de préstamos hipotecarios, en virtud del artículo 6.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, exigiendo en la escritura pública, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. El apartado segundo limita este mandato a «los contratos que

se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas».

Con la Directiva, obviamente, habrá que hacer un esfuerzo para una transposición correcta graduando la información que se debe dar al consumidor³⁴.

6.4.3. La transparencia en la contratación bancaria

La transparencia en la contratación bancaria, que es fundamental para la protección de los clientes bancarios, no aparece específicamente regulada en la Directiva 2014/17/UE. No por ello deja de ser una materia que debería regularse para los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. En cualquier caso, el Ministerio de Economía y Competitividad, en virtud del artículo 5.1, letra b) de la Ley 10/2014, está facultado para dictar disposiciones relativas a «la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse».

El legislador catalán, como es frecuente en él, se ha adelantado una vez más al legislador español al incorporar específicamente la transparencia en la contratación

³⁴ La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, regula en los arts. 262-1 y ss. del Código de Consumo las obligaciones de información previa, partiendo de un mandato general contenido en el art. 262-1-1: «Los prestamistas y los intermediarios de crédito deben actuar honestamente, profesionalmente y en el mejor interés de las personas consumidoras cuando les conceden créditos o préstamos hipotecarios o cuando les prestan servicios de intermediación o asesoramiento y, si procede, servicios accesorios». Una rápida lectura hace A. Agüero Ortiz, «Nuevas medidas de protección a consumidores en materia hipotecaria introducidas por la Ley 20/2014 en el Código de Consumo de Cataluña» (www.ulcm.es/centro/cesco [2 de marzo 2013]). Sobre posibles opciones de transposición de la Directiva que no mermen el nivel de transparencia actualmente exigible en relación con las cláusulas de suelo e instrumentos de cobertura de la variación del interés, en breve se publicará un trabajo meritorio por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La información precontractual en la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Contraste con la normativa de transparencia hipotecaria española y opciones de transposición», en prensa.

bancaria en el Código de Consumo por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, en concreto en los artículos 262-1 y 262-2.

6.4.4. Especial supervisión prudencial de contratos de crédito que difieren de los contratos de crédito estándar

Es importante, dice expresamente el Considerando 22 de la Directiva 2014/17/UE, «tomar en consideración las particularidades de aquellos contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial que requieren un enfoque diferenciado». Ello puede requerir una mayor información precontractual general y personalizada sobre determinados aspectos, p.e., sobre las posibles repercusiones de las fluctuaciones del tipo de cambio en el importe que tiene que reembolsar el consumidor; las garantías que los Estados miembros puedan exigir y las implicaciones que las garantías puedan suponer para el consumidor, o garantizar que la emisión de créditos se realice de manera adecuada. Cualquiera de estos aspectos puede ser supervisado por el Banco de España.

7. CONSECUENCIAS PARA LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS PRUDENCIALES DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Las normas prudenciales son normas de conducta, normas disciplinarias, por lo que su incumplimiento por las entidades de créditos, supervisadas por el Banco de España, sólo puede tener sanciones de carácter disciplinario que puede imponer el Ministerio de Economía y Competitividad o, en su caso, el mismo Banco de España³⁵. El antiguo artículo 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible decía expresamente que «Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora». Conforme al artículo 89.1-1 de la Ley 10/2014, «las entidades de crédito que infrinjan normas de disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Título [dispone el apartado quinto del mismo precepto que el régimen sancionador previsto en este Título se aplicará sin perjuicio de las funciones atribuidas al Banco Central Europeo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n° 1024/2013, de 15 de octubre de 2013]. Se trata, pues, claramente, de una responsabilidad administrativa de las entidades de crédito que no cumplan con las normas de supervisión bancaria³⁶.

³⁵ Extensamente, PELLIGRINO, D., «La potestad sancionadora en el sector bancario. Aproximación jurisprudencial», en *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Ed. ICS Universidad de Navarra y Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 397 y ss.

³⁶ Vid., GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, coords. L. Prats Albentosa/M. Cuenca Casas, Aranzadi, 2014, pp. 229-231.

Corresponde al Banco de España, de acuerdo con el artículo 90.1 de la Ley 10/2014, la competencia para la instrucción y resolución de los expedientes a que se refiere el Título IV de la Ley (regulador del régimen sancionador), pudiendo imponer las sanciones en él descritas y las medidas administrativas que, en su caso, procedan. El apartado segundo de la norma ordena al Banco de España dar cuenta razonada al Ministro de Economía y Competitividad de la imposición de sanciones por infracciones muy graves y, en todo caso, le remitirá con periodicidad trimestral la información esencial sobre los procedimientos en tramitación y las resoluciones adoptadas.

La Ley 10/2014 contiene una lista de infracciones muy graves y graves respectivamente en los artículos 92 y 93. Las infracciones cometidas que no figuran en las dos listas son, según el artículo 94, infracciones leves. Aunque no se contempla específicamente como infracción el incumplimiento de normas prudenciales de protección del consumidor, no por ello se debe entender que son infracciones leves. Al contrario, se debe estar a los artículos 92, letra f, y 93, letra e. Dispone la primera norma que es infracción muy grave «realizar actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina con rango de ley o por reglamentos de la Unión Europea o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado». Y es infracción grave, conforme a la siguiente norma, «realizar actos u operaciones prohibidos por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tenga carácter ocasional o aislado». Depende, pues, del rango de la norma de supervisión prudencial y de la frecuencia de los incumplimientos para imputar, en su caso, a la entidad de crédito la correspondiente infracción. No obstante, el Banco de España siempre tiene la potestad de considerar, atendiendo al supuesto de infracción, que la infracción es sólo leve.

Puede haber también sanciones estrictamente administrativas por imposición de las leyes de consumo. Así lo prevé expresamente el Código de Consumo catalán por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, insertando en el artículo 331-5 nuevos tipos de infracción en las letras r, s y t³⁷. El legislador español deberá también revisar los tipos de infracción administrativa previstos en el artículo 49 TRLGDCU.

El incumplimiento de las normas bancarias tiene consecuencias para el contrato bancario, pero se cuestiona si sólo tiene transcendencia en el orden administrativo o también en el ámbito estrictamente civil (dejando de lado las consecuencias penales).

Hasta ahora la principal normativa de regulación de los contratos para la adquisición de bienes de uso residencial es la Orden EHA/2899/2011. Para un sector de la doctrina

³⁷ «r) Incumplir las obligaciones respecto a las explicaciones adecuadas en materia de créditos o préstamos establecidas por el artículo 263-1. s) Incumplir las obligaciones de evaluar la solvencia de la persona consumidora en materia de créditos o préstamos, establecidas por el artículo 263-2. t) Imponer a las personas consumidoras la contratación de seguros y otros servicios accesorios con determinadas empresas o entidades».

(principalmente mercantilista), esta normativa carece de trascendencia negocial, por lo que la infracción de sus mandatos imperativos sólo puede tener como consecuencia una sanción administrativa³⁸. Una posición totalmente contraria defiende otro sector doctrinal (minoritario entre los mercantilistas) que entiende que el incumplimiento de las normas bancarias puede trascender a la validez y eficacia de los contratos de crédito, y, por tanto, también cuando tienen por objeto la financiación de la adquisición de viviendas de uso residencial. En la jurisprudencia se ha suscitado también esta cuestión. Entre las varias resoluciones dictadas al respecto, cabe, acaso, citar las SSTs de 2 de marzo (RJ 1833), 9 de mayo 2013 (3088)³⁹ y 29 de octubre de 2013 (RJ 8053)⁴⁰. Este debate debería ser resuelto definitivamente por una norma de rango legal, debiéndose inclinar por la nulidad para una mayor protección de los consumidores que suscriban productos financieros⁴¹. El TRLGDCU por sí solo no siempre constituye la base legal para negar la validez y eficacia de los contratos bancarios (p.e., en materia de cláusulas abusivas). Tampoco la LCGC (p.e., en materia de transparencia, con el límite, además importante, del art. 4.2 *in fine*, según el cual la Ley no es de aplicación a las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratos). Opina ORDÁS ALONSO que la libertad de contratación es una materia cuya regulación se encuentra sometida a reserva de ley en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la CE⁴².

A lo largo de este trabajo, hemos puesto de manifiesto que las normas que regulan las normas de transparencia y protección del consumidor de servicios bancarios son principalmente normas disciplinarias, normas de conducta. La infracción de estas normas de conducta, ¿afecta al mismo contrato bancario?, ¿a su contenido? Se puede recurrir al error o al dolo por vicio en el consentimiento contractual^{43 44}. Pero la sola

³⁸ Entre los civilistas, cabe citar la reciente opinión de ORDÁS ALONSO, para quien las Órdenes ministeriales y las Circulares del Banco de España no pueden regular las relaciones jurídico-privadas de las entidades de crédito con sus clientes, op. cit., pp. 102, 107. Sin embargo, a continuación no niega que el incumplimiento de la normativa estrictamente bancaria pueda tener efectos jurídico-privados, pp. 110 y ss.

³⁹ Esta sentencia asume en su fundamento de derecho noveno la tesis de la sentencia recurrida, según la cual «la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta Litis» —ninguna de las cláusulas que se discuten están reglamentadas por normas estrictamente bancarias—.

⁴⁰ Comentada por BUSTO LAGO, J.M., *CCJC*, nº 95, 2014, pp. 415 y ss.

⁴¹ Un buen resumen de este debate encontramos en el Capítulo 2 «Operaciones y contratos bancarios», elaborado por MIRANDA SERRANO, «Operaciones y contratos bancarios», *Derecho Mercantil*, vol. 7º, *La contratación bancaria*, coords. G. J. Jiménez Sánchez/A. Díaz Moreno, ed. 15ª, Ed. Marcial Pons, 2013, pp. 51-53. Vid. también GALLEGO SÁNCHEZ, op. cit., pp. 231-236. A juicio de esta autora, la sanción ha de ser únicamente administrativa, no contractual, salvo los supuestos en que la infracción lesiona el deber de asistencia cualificada que se exige en ciertos casos.

⁴² Op.cit., p. 86.

⁴³ Ampliamente tratado en la doctrina. Por todos, vid. BUSTO LAGO, op. cit., pp. 433 y ss.

infracción de las normas de transparencia y protección del consumidor de servicios bancarios difícilmente puede suponer la nulidad del contrato de crédito a no ser que la imperatividad de esas normas trascienda al artículo 6.3 CC⁴⁵. Algún autor invoca el orden público económico como límite en el que estarían comprendidas las normas de disciplinarias⁴⁶. Traspasar ese límite incidiría negativamente en la misma existencia del contrato.

La Directiva 2014/17/UE en su Considerando 21 dice claramente al final que la misma «no debe afectar a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos en la medida en que estos aspectos generales del Derecho contractual no están regulados». Es una norma poco clara, no sé si incluso inútil, puesto que es evidente que la Directiva no se ocupa propiamente de la validez de los contratos sujetos a la misma⁴⁷. Siendo una Directiva de «conductas» de los participantes en el mercado financiero para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, no es necesario, en principio regular normas nacionales de mayor intensidad ya que siempre se puede acudir a las normas generales de la contratación para controlar la conducta que sea contraria a la buena fe subjetiva de los contratantes⁴⁸. Se debe valorar, igualmente, la lealtad de las entidades de crédito con los consumidores así como la transparencia en la contratación, que comienza con el deber general de informar adecuadamente a los consumidores. Estos deberes contractuales se concretan en la Directiva en la fase previa a la celebración de los contratos bancarios sujetos a la misma (y las que puedan incluirse por voluntad de los Estados miembros). La misma Directiva contiene, a su vez, un mandato general de conducta en el artículo 7.1 al exigir a los prestamistas e intermediarios financieros que «actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional».

⁴⁴ Entre las últimas sentencias debemos citar la del TS de 20 de enero de 2014 (RJ 781), comentada por ÁLVAREZ LATA, N., en CCJC nº 95, 2014, pp. 647 y ss. (vid., en particular, los fundamentos de derecho sexto y ss. de la sentencia comentada). La autora analiza también la jurisprudencia que va más allá del error como causa invalidante del contrato bancario, buscando la protección en el orden público ex artículo 6.3 CC sobre la base del carácter imperativo de las normas de información (pp.653-654).

⁴⁵ Defendido por CARRASCO PERERA, A. en su comentario al art. 6.3 CC, *Comentarios al Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, t. I., ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 161. Se apoyó particularmente en la STS de 10 de octubre de 2008 (RJ 5687), comentada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M^a A. en CCJC, nº 82, pp. 19 y ss.

⁴⁶ Defendido por CUÑAT EDO, op. cit., pp. 620-622.

⁴⁷ En el mismo sentido, el art. 51 de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, y su interpretación por la STJUE de 30 de mayo de 2013.

⁴⁸ Aun cuando ORDÁS ALONSO niega que la regulación bancaria pueda incidir en las relaciones contractuales, la infracción de dichas normas podrá servir al Juez para determinar la existencia de un cumplimiento negligente y contrario a la buena fe, conforme exigen los artículos 1101 a 1106 del Código civil”, op. cit., p. 111.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

Quien trabaja con directivas comunitarias sabe que en los considerandos —que son mucho más que una exposición de motivos de una ley— puede encontrar mandatos explícitos e implícitos que no siempre se ven reflejados en los preceptos legales. En la Directiva 2014/UE hay muchos mandatos que no se concretan en los artículos, pero invitan a los Estados miembros a que vayan más allá de lo que constituye el contenido mínimo de la Directiva si quieren proteger más eficazmente al consumidor.

La Directiva se refiere explícitamente a las normas prudenciales en el Considerando 83 sugiriendo que los Estados miembros decidan sobre aspectos contemplados en la misma mediante su transposición. Estas normas prudenciales no sólo son normas de supervisión de control del Banco de España en sus relaciones internas con las entidades de crédito, sino que también deben servir para proteger a los clientes/consumidores. Entre los aspectos que podrían ser transpuestos mediante la normativa prudencial, el mentado Considerando señala a título de ejemplo la evaluación de la solvencia del consumidor. Contiene un mandato implícito de que las normas prudenciales deberían tener en cuenta aspectos que conciernen directamente al consumidor. No se trata de que por las normas prudenciales se permita el control de las entidades de crédito para ver si cumplen con ciertos aspectos en sus relaciones con los consumidores, sino que esas normas prudenciales protejan directamente al consumidor. Se trata, a mi juicio, de un salto cualitativo respecto de directivas anteriores que se refieren explícitamente a la supervisión de las entidades de crédito mediante normas prudenciales.

El artículo 1 *in fine* de la Directiva, que establece el objeto de este nuevo marco para los contratos de crédito celebrados con los consumidores para la adquisición de bienes de inmuebles de uso residencial, se refiere a determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión (vid., sobre todo, Capítulos 11 y 12), pero no recoge ninguna norma que se refiera explícitamente a que ciertos aspectos de la contratación bancaria para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial sean transpuestos mediante normas prudenciales. Las normas prudenciales que, no obstante, se dictasen servirían de control —principalmente disciplinario— en las relaciones de las entidades de crédito con el consumidor. Pero me temo que el legislador español va a ser indiferente a esta invitación que le hace el legislador comunitario.

La Orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios, no es propiamente una normativa prudencial⁴⁹. Por otra parte, las Circulares del Banco de España, que tienen carácter supervisor, están muchas pensadas para el control interno que en proteger al cliente bancario, sea o no consumidor. Y los códigos de buena conducta son lo que son: nada más que códigos que exigen un

⁴⁹ Señalar, no obstante, que la Guía de Acceso al préstamo hipotecario (versión 2013) se ha hecho en consonancia con la EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

comportamiento a los profesionales de la banca pero que no siempre se cumplen. Finalmente, señalar que las normas prudenciales a favor de los que contratan con entidades de crédito deberían extenderse a todas las operaciones de préstamos activos.

BIBLIOGRAFÍA:

AGÜERO ORTIZ, A., «Comentario e interpretación de la nueva Directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una Directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea», (<http://www.uclm.es/centro/cesco> [15 de julio 2014]).

ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario de la STS 20 enero 2014», *CCJC* nº 95, 2014, pp. 631 y ss.

BALBUENA RIVERA, M., «Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio», *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, coords. L. Prats Albentosa/M. Cuenca Casas, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 132 y ss.

BUSTO LAGO, J.M., «Comentario de la STS 20 octubre 2013», *CCJC*, nº 95, 2014, pp. 415 y ss.

CARRASCO PERERA, A. en «Comentario al art. 6.3 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano, t. I., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 154 y ss.

CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *El Notario del Siglo XXI*, julio/agosto, nº 56, 2014, pp. 28 y ss.

CUÑAT EDO, V. «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», *Estudios de Derecho bancario y bursátil, Homenaje a E. Verdera y Tuells*, tomo I, Ed. La Ley, 1994, pp. 604 y ss.

DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Los instrumentos normativos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del Derecho», *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, dir. M^a A. Salvador Armendáriz, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 131 y ss.

DE PABLOS, J.F., «La nueva directiva sobre hipotecas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2014, 28 de septiembre de 2014.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. / PARRA LUCÁN, M^a A., «Comentario de la STS 10 octubre 2008», *CCJC*, nº 82, pp. 19 y ss.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, coords. L. Prats Albentosa/M. Cuenca Casas, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 207 y ss.

GUTIÉRREZ ALONSO, J. J/GUICHOT REINA, E., «La transparencia en la regulación bancaria», *Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, dirs. S. Muñoz Machado/J.M. Vega Serrano, Ed. Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2013, pp. 212 y ss.

IBÁÑEZ SANDOVAL, J., «Los nuevos requisitos regulatorios de Basilea: Contenido, justificación económica e impacto sobre el negocio bancario», *El sistema bancario tras la gran Recesión*, coords. J. Pérez y J. C. Díez, Colección Mediterráneo, nº 19, Ed. CAJAMAR et al, pp. 159 y ss.

IZQUIERDO CARRASCO, M., «Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por las entidades de crédito», *Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, dirs. S. Muñoz Machado/J.M. Vega Serrano, Ed. Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2013, pp. 681 y ss.

JIMÉNEZ CARRILLO DE ALBORNOZ, J.A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., «El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público», *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, dir. M^ª A. Salvador Armendáriz, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 184 y ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Disciplina bancaria y protección del consumidor», *Estudios sobre Consumo*, año XII, núm. 42, 1997, pp. 9 y ss.

MÍNGUEZ PRIETO R., «La incidencia de las normas prudenciales bancarias en estructuras de financiación mercantiles», *Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, dirs. S. Muñoz Machado/J.M. Vega Serrano, Ed. Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2013, pp. 629 y ss.

MIRANDA SERRANO, L. M^ª, «Los protagonistas de la contratación bancaria», *Derecho Mercantil*, vol. 7^º, *La contratación bancaria*, coords. G. J. Jiménez Sánchez/A. Díaz Moreno, ed. 15^ª, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 25 y ss. En la misma obra colectiva, «Operaciones y contratos bancarios», pp. 39 y ss.

ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para lo contratación de préstamos y créditos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

PELLIGRINO, D., «La potestad sancionadora en el sector bancario. Aproximación jurisprudencial», en *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Ed. ICS Universidad de Navarra y Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 397 y ss.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La información precontractual en la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Contraste con la normativa de transparencia hipotecaria española y opciones de transposición», en prensa.

RONCERO SÁNCHEZ, J., «La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario», *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, dir. M^a Á., Alcalá Díaz, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 41 y ss.

USTÁRIZ GONZÁLEZ, L. H., «El Comité de Basilea y la supervisión bancaria», *VNIVERSITAS*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 105, junio, 2003, pp. 431- 462.

Fecha de recepción: 21.04.2015

Fecha de aceptación: 11.05.2015