

A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

A.4 Crédito responsable y prevención del sobreendeudamiento hipotecario *

Matilde Cuena Casas

Catedrática de Derecho civil

Universidad Complutense

Fundación Hay Derecho

m.cuena@telefonica.net

Resumen: Se analizan en el presente capítulo las novedades legales en relación con la prevención del sobreendeudamiento hipotecario, particularmente el régimen jurídico de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia. Se realiza un estudio crítico al objeto de determinar si se ha transpuesto de forma adecuada la normativa europea sobre crédito hipotecario teniendo a la vista las recientes resoluciones al respecto dictadas por el Tribunal de Justicia de la UE.

Palabras clave: Evaluación de la solvencia. Crédito hipotecario, datos de solvencia patrimonial. Riesgo de crédito.

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



Abstract: *This chapter analyses the legal developments regarding the prevention of mortgage over-indebtedness, particularly the legal regime of the lender's obligation to assess creditworthiness. A critical review is carried out in order to determine whether European mortgage credit legislation has been adequately transposed in the light of the recent rulings of the Court of Justice of the EU on this issue.*

Keywords: *Creditworthiness assessment. Mortgage credit, equity solvency data. Credit risk.*

Sumario: 1. La necesidad de una política eficiente en materia de sobreendeudamiento privado. 2. Concepto de crédito responsable: evaluación de la solvencia y evaluación de riesgo de crédito. 3. La regulación de la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario en el crédito inmobiliario. 3.1 Sujeto obligado a evaluar la solvencia. 3.2 ¿Qué factores pertinentes tienen que ser valorados para una adecuada valoración de la solvencia? 3.3 ¿Cómo debe evaluar la solvencia el prestamista? 4. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 4.1 ¿Obligación de medios o de resultado? 4.2 Sanción derivada del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 4.3 En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia. 4.4 ¿Qué consecuencias se han previsto en la LCI para el caso de que el prestamista conceda el préstamo con un test de solvencia de negativo? 5. Conclusión. ¿Respeta el Derecho español la normativa europea en materia de préstamo irresponsable?

1. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA EFICIENTE EN MATERIA DE SOBRENDEUDAMIENTO PRIVADO

La crisis financiera de 2008 evidenció las letales consecuencias que para el sistema económico puede tener un crecimiento desbocado del sobreendeudamiento privado. Cuando los particulares se endeudan más allá de su capacidad de reembolso su insolvencia posterior provoca situaciones de exclusión social y la absorción por el Estado de las consecuencias de ese exceso de deuda privada⁽¹⁾ (por ejemplo, subsidios para evitar la exclusión social del deudor insolvente).

La realidad ha demostrado que el sobreendeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden

(1) Sobre la conversión de deuda privada en pública a la luz del caso de España Cfr. ORDÀ; SCHULABRICK, y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1-2.pdf (Consultado el 10 de julio de 2024).

tener graves repercusiones sociales y económicas. Era necesaria una normativa que actuara en el terreno de la prevención. Y es que sobreendeudar a los particulares tiene a corto plazo consecuencias que pueden ser atractivas para los gobiernos, al margen de su color político, en tanto se puede generar artificialmente un crecimiento económico, ya que se potencia el consumo sin necesidad de subir los salarios⁽²⁾. Sin embargo, a medio y largo plazo las consecuencias de este modelo son tremendas. Generar préstamo de alto riesgo y trasladarlo a terceros a través del mercado secundario provoca crisis financieras mundiales. Nuestro sistema financiero opera con el privilegio de reserva fraccionaria y ello exige un mayor control del riesgo de crédito que proteja el sistema de crisis de solvencia de las entidades provocada por el fenómeno del descalce de plazos. Es evidente que el control no se hizo y la regulación no generaba los incentivos adecuados al comportamiento adecuado de los operadores. Lo cierto es que se concedieron préstamos sin evaluar la capacidad de reembolso del deudor, teniéndose en cuenta exclusivamente el valor del inmueble dado en garantía, con base en una tasación irregular realizada por una empresa participada por la entidad financiera.

Los excesos en la concesión de préstamos tienen como efecto un aumento de la demanda y un efecto inflacionista que favorece la creación de burbujas. Si además esa demanda se alimenta con incentivos fiscales a la compra de vivienda y bajos tipos de interés, la burbuja de deuda privada tiende a aumentarse. Por otro lado, las entidades transferían el riesgo de crédito a terceros a través del mercado secundario con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias⁽³⁾. Esta posibilidad relaja el rigor en la evaluación del riesgo⁽⁴⁾. Por eso, no es razonable afirmar después de lo que ha pasado, que las entidades financieras tienen incentivos para la evaluación del riesgo y que las sanciones administrativas son la medida disuasoria más

(2) Nuestro modelo económico se basa, al igual que el de la mayoría de los países, en el sobreendeudamiento privado como medio de crecimiento, dada la brecha cada vez mayor entre la productividad y los salarios. En este contexto el mantenimiento del consumo exige un flujo generoso de crédito. En el periodo de 1979-2020 la tasa de crecimiento de la productividad ha sido de un 61,8% y la del salario de un 17,5%. Cfr. Economic Policy Institute, «The productivity– Pay gap» <https://www.epi.org/productivity-pay-gap/>.

(3) Los bajos tipos de interés existentes en la época de la crisis favorecieron que los inversores adquirieran cédulas hipotecarias en busca de una mayor rentabilidad. La «alegre» expansión crediticia protagonizada por las entidades (particularmente las cajas de ahorro a las que se sumaron luego los bancos por razones de competencia) generó necesidad de financiación externa que encontraba oferta por parte de ahorradores ansiosos de rentabilidad.

(4) El Considerando 57 de la DCI advierte este riesgo: «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».



adecuada⁽⁵⁾ frente al préstamo irresponsable. La realidad ha puesto de relieve que eso no es así. Todos estaban contentos con el préstamo irresponsable: el gobierno de turno ve cómo la economía crece, un consumo a crédito que beneficiaba al capital y todo sin necesidad de subir salarios. El consumidor optimista estaba encantado de convertirse en propietario, aunque a partir del día 20 de mes ya tuviera que sobrevivir gracias a la tarjeta *revolving* con la que las entidades financieras también obtenían importantes beneficios.

Esta burbuja inmobiliaria a todos beneficiaba y nadie tenía interés en acabar con ella. El Estado ha recaudado mucho dinero en impuestos y algunos colectivos (notario y registradores) hicieron su particular agosto. Todo terminó con un rescate bancario con dinero público que invita a las entidades sistémicas a actuar en situación de riesgo moral. Esto es lo que pasa cuando se enfoca una política de vivienda sobreendeudando a los particulares. Nada que objetar a que la población tenga vivienda en propiedad, pero siempre que tengan capacidad económica para ello. Aquí hemos hecho propietarios a los solventes y a los no solventes... y eso es gravísimo, como hemos podido comprobar.

Teóricamente, el primer interesado en hacer una evaluación adecuada de la solvencia es el prestamista pues la sanción más importante que padece es la pérdida de su derecho de crédito. Esto es cierto cuando el prestamista es un establecimiento financiero de crédito o cualquier empresa que se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos y lo hace con capital propio (*balance sheet*)⁽⁶⁾. El problema es cuando las entidades financieras transfieren el riesgo a terceros a través del mercado secundario (el denominado «originar para distribuir») con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias. En tal caso el prestamista no padece las consecuencias de una irregular evaluación del riesgo.

Visto lo vivido, procede es analizar si se han tomado medidas eficientes en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento hipotecario. Adelanto ya que no, y explicaré por qué. De hecho, sigue sin tener interés hablar de préstamo responsable. Hemos implantado la regulación tarde y mal y porque nos han obligado desde la Unión europea.

(5) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (Consultado el 5 de junio de 2024).

(6) Como han señalado CELENTANI, M.; GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «*El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico*» en Ganuza, J. J., Gómez Pomar, F. (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 45 las entidades prestamistas pueden experimentar sesgos que las inclinen hacia operaciones de mayor riesgo, lo que a su vez puede llevar a decisiones ineficientes. Entre los factores que pueden contribuir a la aparición de tales sesgos, está el que los responsables de las decisiones de las entidades prestamistas solo absorben una parte limitada de las pérdidas que pueden ocurrir. La existencia de instituciones como el fondo de garantía de depósitos, que garantizan los ahorros de los depositantes y la responsabilidad limitada de las entidades de crédito que limita ésta y no los beneficios, son factores que incentivan la actuación de alto riesgo.



La Directiva 2014/15⁽⁷⁾ (en adelante, DCI), es la primera respuesta del Derecho de la UE al problema del sobreendeudamiento hipotecario⁽⁸⁾. Se hace eco del papel relevante que tiene la regulación de la obligación evaluar la solvencia por parte del prestamista en la prevención de una nueva crisis financiera (*Vid. Considerandos 55 y 56*) y la necesidad de evitar comportamientos irresponsables de los operadores del mercado⁽⁹⁾. A pesar de ello y de la importancia de la cuestión, la regulación de la DCI merece reproches⁽¹⁰⁾ por su indefinición y por el amplio margen dejado a los Estados miembros en su transposición. En la actualidad se está evaluando la revisión de esta directiva⁽¹¹⁾.

A continuación, se analizarán las novedades introducidas por la DCI en materia de préstamo responsable y su transposición al Derecho español de la mano de la Ley 5/2019, de 5 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCI). No puedo hacer en esta sede una exposición pormenorizada sobre esta cuestión⁽¹²⁾, pero si señalaré las líneas generales del nuevo sistema y, sobre todo, sus carencias. Con todo, en primer lugar, procede hacer una necesaria delimitación conceptual entre el concepto de evaluación de la solvencia y el de riesgo de crédito.

2. CONCEPTO DE CRÉDITO RESPONSABLE: EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y EVALUACIÓN DE RIESGO DE CRÉDITO

Aunque muchas veces se utilizan como términos sinónimos, desde el punto de vista técnico no es lo mismo evaluar el riesgo de crédito que

(7) Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2011 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.

(8) La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

(9) La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

(10) Cfr. CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», RCDI, núm. 764, págs. 2871-2894. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/18302>.

(11) https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13090-Mortgage-credit-review-of-EU-rules_en.

(12) He tratado más detenidamente la cuestión en mi trabajo «La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario», Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios/coord. por Lorenzo Prats Albertosa, 2020, pp. 175-235.



evaluar la solvencia del potencial prestatario. En ambos casos el objetivo es valorar la capacidad del prestatario de atender sus obligaciones en virtud del contrato de préstamo, pero esto se hace desde planos distintos en ambos supuestos.

Las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones dependen de dos variables: la capacidad de pago y la voluntad de pago⁽¹³⁾. La primera se mide de acuerdo con la entidad del patrimonio del deudor y el pasivo ya asumido por este. La incapacidad de pago puede ser inicial, presente ya en el momento de la concesión del préstamo (sobreendeudamiento activo), o sobrevenida por el acaecimiento de circunstancias (paro, divorcios, enfermedades) imprevisibles e inevitables, que llevan al deudor a situación de insolvencia con incumplimiento generalizado de sus obligaciones (denominado sobreendeudamiento pasivo). Este último supuesto no puede ser valorado ni medido por el prestamista y, por ello se ha dicho que la incertidumbre es el principal obstáculo del mercado de crédito⁽¹⁴⁾. Poco puede hacer el departamento de riesgos de una entidad para evitar que tales circunstancias sobrevengan, salvo que las mismas fueran ya previsibles en el momento de la concesión del préstamo. Por lo tanto, el objetivo de la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no es solucionar los problemas que se derivan del *sobreendeudamiento pasivo* dado que este se produce por circunstancias imprevisibles.

Cuando se evalúa el riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista. El punto de vista que se valora es el del acreedor. Por ello, la evaluación del riesgo de crédito no es un mecanismo de prevención del sobreendeudamiento, sino de protección del derecho de crédito del prestamista⁽¹⁵⁾. Da igual el grado de esfuerzo que tenga que hacer el deudor para pagar. Lo importante es si puede pagar en las condiciones presentes en el momento de la solicitud.

Por el contrario, cuando se trata de evaluar la solvencia (concesión responsable de crédito) se pretende tener en cuenta la operación crediticia

(13) No en vano la palabra crédito procede del latín *credititus* (del verbo *credere*) que significa creer, confiar. El concepto, desde su raíz etimológica, se basa en la confianza que se deposita, sobre el cumplimiento de la obligación o promesa de pago de un deudor.

(14) RONA-TAS, A., y GIUSEVA, A. (2013), «Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative economics*, 41(2), 420.

(15) Esta diferencia se destaca en el informe del Financial Services User Group, «Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive», https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf Véase también esta delimitación en el informe realizado por ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), «Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry». 6 de noviembre de 2018 <https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf> (Consultado el 20 de julio de 2024).



desde la perspectiva del potencial prestatario, el grado de esfuerzo que le puede suponer el pago del préstamo. Es decir, tiende a evitar el denominado «sobreendeudamiento activo», que el deudor asuma más compromisos de los que le permite su capacidad patrimonial. Una correcta evaluación de la solvencia no palía el sobreendeudamiento pasivo, y por ello si el acreedor ha hecho una correcta evaluación de la solvencia y luego el deudor no paga por circunstancias sobrevenidas, ninguna conducta reprochable se puede imputar al prestamista. Cosa distinta es que el impago se produzca por circunstancias ya presentes en el momento de la solicitud, por ejemplo, el deudor ya se encontraba sobreendeudado. En suma, una correcta evaluación de la solvencia no blinda al prestamista frente al incumplimiento por parte del deudor. Este depende de la capacidad de pago y de la voluntad de pago. La obligación de evaluar la solvencia tiende a cubrir la primera de las variables. *Solo cuando el deudor deviene insolvente por consecuencia de una incapacidad de pago ya presente o previsible en el momento de la concesión del préstamo* podría cuestionarse la actuación del prestamista en este terreno.

En lo que se refiere a los casos de incumplimiento por falta de voluntad de pago, la misma se puede valorar en cierta medida a través de los ficheros de solvencia patrimonial, es decir, a través del comportamiento de pago pasado, pero siendo este relevante, aun habiendo sido este comportamiento negativo, puede no ser decisivo si el mismo se ha producido por circunstancias exógenas.

En suma, la evaluación de la solvencia es un concepto más amplio, que engloba la de evaluar el riesgo de crédito y el objetivo es no solo proteger la solvencia del prestamista sino proteger al prestatario del impacto negativo que se deriva del hecho de asumir un pasivo que no va a poder pagar. No basta analizar que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones. Hay que dar un paso más y ver en qué condiciones el prestatario cumplirá el contrato. Se incumple esta obligación cuando, pudiendo cumplir el deudor, lo hace en condiciones extremas, descuidando otras necesidades básicas y ello porque el objetivo es prevenir el sobreendeudamiento. Lo razonable para una mejor medición del grado de cumplimiento es que se impongan ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55 de la DCI se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembros la decisión de incorporarlos a su regulación. Nada de esto se ha hecho, como veremos en la LCCI. El único límite se encuentra en la regulación del mercado hipotecario⁽¹⁶⁾ que exige respecto de los activos

(16) Artículo 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos



de cobertura admisibles para las cédulas hipotecarias que el préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se trate de bienes inmuebles residenciales, el préstamo podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación. Fuera de esta regulación específica para el mercado hipotecario no hay límites objetivos de préstamo valor y préstamo- ingresos, lo cual dificulta sobremanera el control del cumplimiento de esta obligación por los prestamistas.

Esta delimitación conceptual es sumamente relevante y tiene consecuencias sustantivas, aunque desde el sector financiero no quieran verlas⁽¹⁷⁾. Lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad)⁽¹⁸⁾ a ser mecanismo de protección del cliente bancario evitando su sobreendeudamiento, es decir, que el deudor se vea en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles»⁽¹⁹⁾. Asumir las consecuencias de este cambio de enfoque es clave para interpretar la norma europea y la LCI que la transpone.

Y es que con la nueva regulación europea se pretende, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado. (Así se señala en la Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014)⁽²⁰⁾.

de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

(17) Para una visión desde la banca Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, J., y VALENCIA ORTEGA, Los procesos de evaluación de solvencia en las entidades supervisadasReflexiones sobre la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2024 (Nárokuj, C-755/2022), Diario La Ley, núm. 10464, 2024.

A su juicio, nada ha cambiado con la nueva regulación y ya se venía cumpliendo desde siempre la obligación de evaluar la solvencia. El corporativismo extremo no ayuda a mejorar. Hacer las afirmaciones que se hacen en ese trabajo sin tener en cuenta lo acontecido en la crisis financiera de 2008 es verdaderamente llamativo. Destaca la vehemencia con la que se niegan las consecuencias civiles del préstamo irresponsable y el carácter disuasorio de las medidas administrativas. Esas mismas medidas que no han impedido la crisis financiera.

(18) Este cambio de orientación ya fue destacado por el TJUE en la sentencia de 27 de marzo de 2014 Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan. Asunto C565/12 en relación con la Directiva a 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19), se acerca al polémico concepto de sobreendeudamiento: «Hablar de endeudamiento excesivo o de sobreendeudamiento es hacer referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles».

(19) En este sentido, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19).

(20) LCL Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan Asunto C565/12).



Y si el legislador español no asume este cambio, no debemos olvidar que existe el principio de interpretación conforme con el Derecho europeo⁽²¹⁾. Y ya adelanto, que no se ha asumido ese nuevo enfoque en la ley española. Como veremos, seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Y lo que es más grave, se sigue el modelo de la normativa prudencial aun cuando muchos prestamistas al amparo de la LCCI no tienen la condición de entidad de crédito ni de establecimiento financiero de crédito. Es decir, no son entidades supervisadas. No hay un interés público en la protección del balance de la entidad crediticia cuando no utiliza recursos procedentes de los depósitos del público. Sin embargo, deben asumir las obligaciones de conceder préstamos de manera responsable porque de lo que se trata es de prevenir el sobreendeudamiento privado.

3. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO EN EL CRÉDITO INMOBILIARIO

3.1 **Sujeto obligado a evaluar la solvencia**

Una regulación general de la obligación de evaluar la solvencia y de conceder préstamos de manera responsable la encontramos en el artículo 18 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios aprobada (en adelante, OTSB) que desarrolla el artículo 29 de la Ley 2/2011 de Economía sostenible. Esta regulación es general y se aplica tanto al crédito al consumo como inmobiliario y el destinatario es el cliente bancario (persona física) que no necesariamente tiene que ser consumidor.

En principio la OTSB solo es aplicable cuando el prestamista es una entidad de crédito quedando fuera los demás prestamistas que no tuvieran

(21) Así lo señala la famosa sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984 (Von Kolson-Kamann (Asunto 14/83): «la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales» (Cons. 26). Al respecto, SSTJUE 19 de diciembre de 2013, Koushkaki, C84/12, EU: C:2013:862, apartados 75 y 76; de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C554/14, EU: C:2016:835, apartado 59, y de 29 de junio de 2017, Poplawski, C579/15, EU: C:2017:503, apartado 31).



tal condición. Sin embargo, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril⁽²²⁾ modifica el artículo 2 OTSB, extendiendo su ámbito de aplicación a prestamistas inmobiliarios, a intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, tal como se definen en el artículo 4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No obstante, esta ampliación solo afecta a las disposiciones previstas en las secciones 1.^a a 7.^a del capítulo II del título III de la OTSB relativo a los aspectos contractuales (información precontractual, tipos de interés, ventas vinculadas etc...). El artículo 18 OTSB no es aplicable a prestamistas inmobiliarios, sino tan solo establecimientos financieros de crédito y entidades de crédito españolas extranjeras o domiciliadas en otro Estado miembro de la UE.

Esta regulación coexiste con la específica en materia de crédito al consumo⁽²³⁾ y con la de crédito inmobiliario contenida en el artículo 11 de la LCI. Cuando se trata de prestamistas a los que se aplica la OTSB se produce un solapamiento normativo, aplicándose de manera supletoria a la regulación específica.

El artículo 4.16 de la LCCI, define la evaluación de la solvencia como «*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo*». Al igual que hace el artículo 4.17 DCI, se debe evaluar la capacidad de reembolso del prestatario sin que se pueda atender de manera exclusiva al valor del inmueble y su previsible revalorización, como criterio determinante para evaluar la solvencia (Considerando 55 DCI).

Según la normativa específica de crédito inmobiliario, el sujeto obligado a evaluar la solvencia es el prestamista, no el intermediario de crédito. La DCI habla de evaluar «en profundidad» la solvencia del prestatario teniendo en cuenta «factores pertinentes». El artículo 11 LCI concreta la mención de la DCI, ampliando el ámbito subjetivo. No solo se debe evaluar al consumidor, sino que la LCI lo amplía al potencial prestatario persona física, fiador o garante. Las mismas razones que aconsejan evaluar la capacidad de reembolso del deudor exigen que se haga para el fiador o garante quien también puede verse obligado a cumplir el contrato de préstamo. De hecho, esta extensión ya estaba presente en el artículo 18 de la OTSB.

El prestamista inmobiliario obligado a evaluar la solvencia es, según lo dispuesto en el artículo 4.2. LCI, «*toda persona física o jurídica que, de*

(22) Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

(23) Artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de 2011.

manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1. letras a) y b)». Tales prestamistas inmobiliarios deben estar inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 42 LCI. El ámbito es más amplio que el de la normativa sectorial bancaria⁽²⁴⁾ en el que el prestamista tiene que ser una entidad de crédito⁽²⁵⁾. En este sentido, la LCI rellena un hueco regulatorio que extiende la obligación de evaluar la solvencia a sujetos que legalmente no estaban afectados por la regulación hasta ahora existente.

No están obligados a evaluar la solvencia el intermediario de crédito ni el representante delegado. Cosa distinta es que deban recabar información del cliente, tal y como se establece en el artículo 12.1 LCI.

Se trata de un deber precontractual. La evaluación de la solvencia debe realizarse «antes de celebrar el contrato de préstamo» (art. 11.1 LCI) o de cualquier aumento significativo del importe tras la celebración del contrato de préstamo (art. 11.7 LCI).

3.2 ¿Qué factores pertinentes tienen que ser valorados para una adecuada valoración de la solvencia?

A diferencia del texto proyectado, la LCI los concreta estableciendo una lista de factores no exhaustiva señalando como criterios, *la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Así mismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.*

En el articulado de la DCI solo se alude a «factores pertinentes» que se aclaran en el Considerando 55, donde se indica que deben tenerse en cuenta *«los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo*

(24) Anejo 9 de la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, dedicado al análisis y cobertura del riesgo de crédito. También hay que tener presente la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos. Este texto mantiene su vigencia a pesar de la derogación de la Circular 4/2004 por la Circular 4/2017.

(25) Tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial (art. 1.2 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).



en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo, la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio».

No basta, pues, valorar los ingresos presentes, sino que el prestamista debe proyectarse al futuro, teniendo en cuenta cambios previsibles, como la jubilación, y, por supuesto, la ratio de endeudamiento, del potencial cliente, información que, como veremos, solo se puede obtener desde un fichero de solvencia positivo.

Con todo, debería haberse avanzado más, estableciéndose límites a la ratio préstamo-valor o a la ratio préstamo-ingresos, tal y como se sugería en el Considerando 55 de la DCI. Ello favorece el control del grado de cumplimiento de la obligación. Hay que recordar que sí existen límites en el artículo 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo.

3.3 ¿Cómo debe evaluar la solvencia el prestamista?

A este extremo se refiere el artículo 11.2 LCI, que deja margen de maniobra a los prestamistas para desarrollar sus propios procedimientos internos, si bien bajo la supervisión del Banco de España o autoridades competentes. Las modalidades técnicas de la forma de realizar la evaluación forman parte del libre ejercicio de la libertad empresarial.

Cuando el prestamista sea una entidad de crédito, se aplicará la regulación hasta ahora vigente respecto de los procedimientos para evaluar la solvencia y que completa la contenida en el artículo 11.2 LCI, que no deja de ser una mera declaración de principios en consonancia con lo establecido en la norma duodécima y el Anejo 6 de la Circular 5/2012. Esta normativa no es de aplicación a prestamistas que no tenían la condición de entidad de crédito, para los que la única norma que debe operar es la contenida en el artículo 11. 2 LCI que no concreta mucho respecto de los procedimientos para la evaluación de la solvencia, el valor que a cada variable (ingresos, deudas asumidas, etc...) debe darse en la creación de una prima de riesgo.

Esta ponderación sí es tenida en cuenta en el artículo 11.3 LCI cuando señala que, *en los préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato*



de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial. Se reproduce sin más, el artículo 18.3 DCI y con esta norma se trata de evitar la práctica habitual llevada a cabo en los años anteriores a la crisis financiera por la que los prestamistas no valoraban la capacidad de reembolso y atendían exclusivamente al valor del inmueble dado en garantía.

Pero como ya he adelantado, la regulación no establece criterios objetivos (ratios de préstamo-ingresos y préstamo-valor)⁽²⁶⁾, ni se señala la ponderación de cada variable para la fijación de la prima de riesgo. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el pasivo pendiente (deudas ya asumidas) del potencial cliente tenga un peso del 30% en la fijación de la prima de riesgo que tenga un peso del 10%. Lo que parece claro es que el valor del inmueble nunca puede ponderarse más del 50% pues entonces sería la variable predominante que es lo que quiere evitar la ley.

Con todo, lo que debería, a mi juicio, haberse realizado de forma correcta es la tasación del inmueble a la que se refiere el artículo 13 LCI y que ahora es obligatorio realizar. Se exige que el tasador sea independiente del prestamista e intermediario de crédito y se utilicen normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente remitiéndose a la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

La indefinición sigue presente y la LCI no añade nada al respecto. La determinación del grado de corrección del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia sigue siendo compleja.

No obstante, se mantiene la vigencia de la OTSB, hay que tener en cuenta la norma contenida en su artículo 18.4 que dispone que «*en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.*

 Para los prestamistas incluidos en el ámbito de aplicación de la OTSB, esa norma operará. Para los excluidos no. Realmente no haría falta aclarar este extremo porque la evaluación de la solvencia implica la comprobación de la capacidad de reembolso del potencial prestatario y la existencia de un seguro cubre la eventualidad de un incumplimiento que puede obedecer a razones distintas no presentes en el momento de la evaluación e imprevisibles (paro, divorcio, enfermedad). En estas circunstancias

(26) En el caso de Suiza, no puede financiarse en ningún caso más del 80% del valor de tasación del inmueble. El prestatario deberá aportar el 20% del precio de la vivienda. Así mismo, el importe de las mensualidades del préstamo hipotecario no debe superar el 33% de los ingresos del prestatario. Semejante planteamiento se sigue en el artículo 28 de la *Loi fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001.



reside precisamente el riesgo de crédito del prestamista, en aquellas que no puede prever y que vendrían a estar cubiertas por un seguro. Pocas compañías cubrirán a un cliente que ya carece de capacidad de reembolso en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, difícilmente puede darse la hipótesis que contempla el artículo 18.4 OTSB. En cualquier caso, aunque nada diga la LCI, por lo dicho, si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso y tan solo se limita a exigir un seguro de reembolso, habrá incumplido su obligación de evaluar la solvencia. La existencia de aquél no afecta a la necesidad de cumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia.

Lo mismo cabe decir de la exigencia de fiadores o garantes. La diligencia profesional con la que el prestamista debe cumplir con su obligación de evaluar la solvencia es la misma, aunque el deudor aporte garantes o fiadores. El test de solvencia positivo no puede descansar en la existencia de garantías adicionales⁽²⁷⁾. Las garantías constituyen un refuerzo del derecho de crédito que palía la posibilidad de incumplimiento fundamentalmente por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo). Reitero lo dicho para el caso del seguro. No parece razonable que un tercero garantice a un deudor que en el momento de la constitución de la obligación ya no parece solvente⁽²⁸⁾. Si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso del deudor y se limita a pedir garantías, habrá incumplido su obligación.

Con el régimen de la evaluación de la solvencia no se trata de blindar al prestamista ante un eventual incumplimiento del deudor, sino de evitar el

(27) Así se recoge en el Anejo 6 de la Circular 5/2012 cuando dispone que la capacidad de reembolso del deudor «se estimará bajo el supuesto de la utilización de las fuentes de renta habituales del prestatario, *sin depender de avalistas, fiadores o activos ofrecidos en garantía*, que deberán ser siempre considerados como una segunda y excepcional vía de recobro para cuando haya fallado la primera».

(28) Por eso son llamativas las medidas recientemente aprobadas para facilitar el acceso a la vivienda a los jóvenes avalando el Estado a través de avales ICO el 20% del préstamo hipotecario concedido para la compra de la primera vivienda habitual para jóvenes y familias con menores a su cargo. La línea de avales está dirigida a personas menores de 35 años con ingresos menores de 37.800 euros al año (4,5 veces el IPREM) y a familias con hijos y su patrimonio no exceda de 100.000 euros. Es decir, el público objetivo de esta medida es de solvencia limitada a las que la entidad financiera prestará el 100% del valor de la vivienda, quedando cubierto con el aval el 20% inicial. Esta medida fomenta el sobreendeudamiento y violenta las normas de préstamo responsable. El solicitante deberá tener solvencia acreditada para pagar el 100% del préstamo, lo cual parece poco probable dado el precio de la vivienda y los requisitos de limitados ingresos que se exigen. Si se quería ayudar a los jóvenes lo más efectivo sería que el Estado abonara el 20% del precio, lo cual no parece posible con los niveles actuales de gasto público. La medida es inadecuada y poco eficiente, como ya se está poniendo de manifiesto en el sector que ya ha denunciado que en más del 60% de los casos no permitirá la compra real de una vivienda pues muchos de los que reúnen los requisitos para obtener la ayuda pública no cumplirían los requisitos para una evaluación positiva de solvencia patrimonial. Se trata de una regulación que difícilmente encaja en la normativa de evaluación de la solvencia. <https://theobjective.com/economia/2024-08-15/agentes-inmobiliarios-ineficaces-ico/> (Consultado el 15 de agosto de 2024).



sobreendeudamiento del cliente. Por eso, el que esté blindado el prestamista con seguros y garantes, no supone que se haya evitado el sobreendeudamiento privado que es otra de las finalidades de la nueva regulación en materia de evaluación de la solvencia. Ello a pesar de que el legislador español, a mi juicio, no se haya percatado de este cambio de enfoque.

Este cambio de paradigma hay que tenerlo en cuenta por más que, como veremos, erróneamente a mi juicio, se mantengan los esquemas propios de la normativa de supervisión financiera para atender a las consecuencias del incumplimiento. Este planteamiento era correcto cuando las normas de evaluación de la solvencia tendían exclusivamente a proteger la solvencia de la entidad.

En cuanto a los costes que conlleve la realización de las operaciones de evaluación de la solvencia, aclara el artículo 11.2 que «*en ningún caso podrán repercutirse al potencial prestatario*». Ello implica que no podrá cobrar comisión de estudio el prestamista por este concepto al potencial cliente cuando le deniega el préstamo, ni siquiera cuando la entidad prestamista haya incurrido en gastos al contratar con terceros para realizar tal evaluación. En el caso de que se conceda el préstamo, tampoco podrá cobrar al prestatario por el estudio de la solvencia, pero nada impedirá que tales gastos puedan incluirse en la comisión de apertura, pues, tal y como dispone el artículo 14.4 LCI, englobará «los gastos de estudio».

4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

4.1 ¿Obligación de medios o de resultado?

Con carácter previo es preciso determinar cuándo existe un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, para lo cual es necesario examinar si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado.

En relación con su *naturaleza*, la obligación de evaluar la solvencia exige valorar las perspectivas de cumplimiento del prestatario para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. El mercado de crédito opera con información asimétrica por lo que no es posible exigir al prestamista la certeza acerca de la capacidad de pago del deudor. Desde este punto de vista, puede considerarse una obligación de medios⁽²⁹⁾: el

(29) Así lo entiende en relación con la regulación contenida en la LCC, ORDÁS ALONSO, M., «Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio», Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi, 146. ÁLVAREZ OLALLA, *op.cit.*, p. 773. MELERO BOSCH, L., «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión



prestamista debe hacer todo lo posible, con base en su diligencia profesional, por asegurarse de que el prestatario tiene capacidad de pago para reembolsar el préstamo. Obviamente, no es un resultado exigible al prestamista que efectivamente el cliente cumpla con sus obligaciones. Basta que se asegure de que potencialmente está en disposición de cumplir, sin que ello suponga un desmedido esfuerzo para el prestatario. Ahí reside, como he dicho la diferencia entre evaluación de riesgo de crédito y de solvencia.

No obstante, desde otra perspectiva, la realización de todas las operaciones necesarias para comprobar la capacidad de pago del prestatario puede configurarse como una obligación de resultado: o se evalúa o no se evalúa⁽³⁰⁾. En este sentido, el prestamista incumple su obligación cuando, por ejemplo, no haya recabado toda la información necesaria para realizar tal evaluación (art. 20.1 DCI), no haya realizado una tasación del inmueble con arreglo a los criterios legales (art. 19 DCI) o no se hubiera tenido en cuenta la capacidad de reembolso o solo el valor del bien hipotecado (art. 18.3 DCI), o no se hubieran consultado las bases de datos de solvencia patrimonial, tal y como veremos, ordena el artículo 12 LCCI. El prestamista debe realizar la evaluación en la forma prevista legalmente. Sí es un resultado exigible el que realice una evaluación con arreglo a los procedimientos legales y consultando los datos preceptivos.

Y ello al margen de cómo se desarrolle posteriormente la ejecución del contrato, de que el deudor cumpla o no finalmente con sus obligaciones. Es más, hay que tener presente, que el mercado de crédito opera con información asimétrica y el sistema de información crediticia español

responsable de préstamos», Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 155, 2019, (*Proview*). SÁENZ DE JUBERA, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 147.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en CARRASCO PERERA, A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. COLLADO RODRÍGUEZ, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 263. DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, p. 230. A su juicio, La norma no pide el simple desarrollo de una actividad profesional, sino que precisamente por esta profesionalidad debe alcanzar un resultado adecuado; esto es una evaluación de solvencia bien hecha. No basta con que se informe suficientemente, sino que se obtenga conforme a la *lex artis* de los profesionales del crédito un resultado en cuanto a las probabilidades de devolver el préstamo.

(30) MARÍN LÓPEZ, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en CARRASCO PERERA A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, p. 230.



presenta deficiencias notables⁽³¹⁾, como explicaré posteriormente, por lo cual es factible que el prestamista, utilizando la información a su alcance, el resultado de la evaluación arroje un resultado positivo, a pesar de que el deudor presente incapacidad de pago. Si el prestamista ha cumplido las normas específicas de gestión de riesgos y control interno que le son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica a las que haré mención posteriormente, entiendo que tampoco el prestamista habrá incumplido su obligación legal de conceder el préstamo de manera responsable. Por eso, el que exista información asimétrica en el mercado de crédito, en cierto modo blinda a los prestamistas frente a reclamaciones por préstamo irresponsable.

Si faltan datos en el sistema al que puedan acceder, la incapacidad de pago inicial del prestatario no será imputable al prestamista, sino al defecuoso sistema de información crediticia. Cuantos más datos de solvencia fluyan, más fácil es controlar el grado de cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y más eficiente es como mecanismo de prevención de sobreendeudamiento privado, con más datos, más fiable será el resultado en tanto a lo referente a la capacidad de pago. La voluntad de pago siempre es más compleja de adivinar, como veremos.

4.2 Sanción derivada del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

La clave de la eficacia de la regulación reside en las consecuencias derivadas del incumplimiento. Las mismas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, tal y como ordena el artículo 38 DCI. Será proporcionada la sanción cuando se adecúe a la gravedad de la infracción; efectiva, cuando evite que el infractor se beneficie de la comisión de la infracción y disuasoria, cuando tiene efecto preventivo⁽³²⁾. Pues bien, veremos que la regulación española no cumple ninguno de estos requerimientos por lo cual hay una deficiente transposición de la norma europea.

Hay que distinguir dos aspectos desde el punto de vista del grado de incumplimiento de la obligación. El primero es valorar si el prestamista realizó o no las operaciones necesarias para evaluar la capacidad de reembolso. Así, por ejemplo, si exigió o no información sobre los factores pertinentes a que se hace referencia en el artículo 11.1 LCI (situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo,

(31) Trato de este tema en Sección 4.^a, Ap. VI del presente Tratado.

(32) ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 21» en Comentarios a la Ley de Crédito al consumo dirigido por Marín López M. J., Ed. Aranzadi, 2014, p. 813.



los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos), consultó las bases de datos de solvencia patrimonial tal y como ordena el artículo 12.1 LCI, y estableció una prima de riesgo en función de los procedimientos a que se alude en el artículo 11.2 LCI.

La segunda vertiente de la obligación es si, una vez realizadas todas las operaciones para determinar la prima de riesgo del potencial cliente, el prestamista debe o no actuar en consonancia con el resultado. Es decir, si hay o no prohibición de contratar cuando el test de solvencia es negativo. Se trata de dos aspectos que, a mi juicio, no deben ser confundidos.

Al primer aspecto se refiere el artículo 11.4 LCI cuando dispone que «*la incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información*». Se reproduce el artículo 18.4 DCI, aunque con algunos cambios. El texto de la DCI alude a que «el prestamista no *anule* o modifique ulteriormente dicho contrato» aunque en el Considerando 58 se refiere a «*rescindir*». Por el contrario, el artículo 11.4 se refiere a la facultad de «*resolver, rescindir o modificar*» y no se refiere a la nulidad. El que no se use este término, evidencia que las irregularidades en la evaluación de la solvencia no afectan a la validez del contrato, sino a la esfera del cumplimiento. Cuando la evaluación incorrecta de la solvencia sea imputable al prestamista, éste no podrá resolver el contrato, lo que parece lógico cuando se trata de su propio incumplimiento. Sí podrá hacerlo cuando el incumplimiento es imputable a la actuación del consumidor por ocultar datos de solvencia o falsificarlos. Es posible que el término «*anular*» utilizado en la DCI no lo haya sido en sentido estricto, dado que en el Considerando 58, utiliza la palabra «*rescisión*». Pero lo que merece ser resaltado es que el legislador español ha huido de la palabra nulidad, lo cual es relevante, como veremos, para saber lo que acontece cuando se concede el préstamo ante un test negativo de solvencia.

Por otro lado, se podría entender que esta prohibición de resolver se establece, precisamente porque, de no imponerse, el prestamista podría hacerlo, lo cual no tiene mucho sentido cuando es por evaluación incorrecta del propio prestamista. Quien podría hacerlo sería solo el consumidor en cualquier caso y pocos incentivos tiene para hacerlo, dado que le supondría la devolución total del préstamo. La restricción de la legitimación al prestamista tiene sentido cuando se trata de nulidad (absoluta), como hace la DCI, pero no cuando se trata de resolución.

En cualquier caso, no se prevé ningún tipo de consecuencia contractual específica, para el caso de que el prestamista haya evaluado incorrectamente la solvencia por causas a él solo imputables. Hay que tener en



cuenta que las normas establecidas en la LCI tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina (art. 44 LCI). Su eficacia en el ámbito contractual sigue siendo discutida⁽³³⁾. En ausencia de norma específica se ha alegado la posible resolución del contrato a instancias del prestatario y la posible exigencia de una indemnización de daños y perjuicios⁽³⁴⁾. Estas consecuencias tienen una nula eficacia disuasoria y violentarían el artículo 38 DCI. La resolución obligará al prestatario a devolver el capital prestado y pretender que un deudor sobreendeudado demande a una entidad financiera para reclamar unos daños y perjuicios es cercana a la ciencia ficción. En la práctica, parece que solo hay sanciones administrativas por mucho que la doctrina luche por defender sanciones contractuales que, a mi juicio, son ineficientes y absolutamente inútiles, tal y como la práctica ha puesto de manifiesto.

En cualquier caso, la comprobación acerca de la corrección o no del procedimiento de evaluación se complica porque, como he dicho, no se establecen ratios de préstamos-ingresos y préstamo-valor. De nada vale diseñar un régimen jurídico de la obligación de evaluar la solvencia si luego es complicado verificar su grado de cumplimiento. En el mismo error incurre, a mi juicio, la nueva DCC 2023.

4.3 **En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia**

Partiendo de que el prestamista ha hecho una evaluación correcta de la solvencia, arrojando un resultado negativo ¿Tiene prohibición de contratar? ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de la evaluación? O hay prohibición de contratar o hay incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia de un contrato válidamente celebrado.

De nuevo el legislador español no aclara nada y reproduce la indefinición de la regla establecida en el artículo 18.5 de la DCI⁽³⁵⁾. Dispone el

(33) Cfr. sobre esta cuestión ZUNZUNEGUI PASTOR, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», Revista de Derecho del mercado financiero Working paper 1/2021, enero 2021. <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf>.

(34) ARROYO AMAYUELAS, E., «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 17. Defiende esta postura en el ámbito del crédito al consumo, ALVAREZ LATA, N., Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014, p. 611.

(35) «Los Estados miembros velarán por que: a) el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato;



artículo 11.5 LCI que «*el prestamista solo pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato*». La DCI (art. 38) no añade nada más y se limita a exigir que las sanciones por incumplimiento de las disposiciones nacionales dictadas en aplicación de la DCI, sean eficaces, proporcionadas y disuasorias⁽³⁶⁾.

¿Cuál es el régimen sancionador que establece la LCI? El artículo 44 LCI señala que «*las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores*». Por su parte, el artículo 46 LCI señala que «*la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España con incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, siempre que por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes, conforme al apartado x) del artículo 92 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*.» Es decir, aparentemente, el sistema se ordena desde la normativa de ordenación y supervisión que, como es bien sabido, tienden a proteger la solvencia de la entidad y la estabilidad del sistema financiero. No van dirigidas a la protección del consumidor en su contrato con la entidad. Se omite toda referencia a las consecuencias que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene en el contrato de préstamo celebrado con el prestatario. O no se quiere que tenga ninguna o nos remitimos al régimen civil general que, como veremos, es todo menos disuasorio. La intervención del legislador en este ámbito era imprescindible.

Por el contrario, este aspecto está claro en el artículo 18.6 OTSB dispone que «*la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su*

(36) «Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Esas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias».

plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes». En el régimen vigente hasta la fecha, la concesión del préstamo ante un test negativo carecía de consecuencias específicas en el terreno contractual. El prestamista era libre para contratar, sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas que, en su caso, pudieran derivarse por la normativa de supervisión bancaria por la ausencia de evaluación correcta de la solvencia. Si se concedía el préstamo ante un test de solvencia negativo, el contrato era perfectamente válido y el deudor se veía obligado a cumplir. Este ha sido el régimen vigente en España sobre la evaluación de la solvencia, el cual se ha mantenido en el artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC).

La DCI quiso dar un paso más respecto de la Directiva de Crédito al Consumo de 2008⁽³⁷⁾ y como señala en el Considerando 22, «*resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo».* Interpretar la DCI en los mismos términos que la DCC y llegar a las mismas conclusiones no parece razonable, porque –insisto– la DCI pretende ser más estricta en el ámbito del crédito inmobiliario. Buena prueba de ello es que se ha trasladado el criterio de la DCI a la nueva Directiva de Crédito al consumo⁽³⁸⁾ cuyo artículo 18.6⁽³⁹⁾ reitera la regla prevista en el artículo 18 DCI.

La clave está en determinar si la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y reproducida en el artículo 11.5 LCI establece o no una prohibición del prestamista de contratar cuando el resultado de la evaluación de la solvencia del cliente arroja un resultado negativo⁽⁴⁰⁾. En caso afirmativo hay que determinar cuáles serían las consecuencias que se derivan de tal prohibición.

La primera opción de interpretación es la que entiende que existe prohibición de contratar cuando el test de solvencia del cliente arroja un resultado negativo.

(37) Directiva 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

(38) Directiva (UE) 2023/2225 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

(39) Los Estados miembros velarán por que el prestamista no ponga el crédito a disposición del consumidor hasta que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan en la forma requerida en dicho contrato, teniendo en cuenta los factores pertinentes a que se refiere el apartado 1.

(40) *Vid.* Más extensamente mi trabajo Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, RCDI Núm. 764, pp. 2871 a 2924.



Partiendo del tenor literal de la norma del artículo 18.5 DCI, reproducido en el actual artículo 11.5 LCI, no son pocos los autores⁽⁴¹⁾ que entienden que hay prohibición de contratar ya que, de lo contrario, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia, cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado. Aquí residiría el endurecimiento del régimen de la DCI respecto de la DCC, prohibiendo la contratación.

Los partidarios de la existencia de una prohibición de contratar o bien consideran nulo el contrato⁽⁴²⁾ o bien consideran que no es nulo por tratarse de una norma de conducta. En tal caso, se entiende que la violación de tal prohibición legal daría lugar a incumplimiento contractual y a la correspondiente indemnización y sanción administrativa. En suma, se da tratamiento civil como deber precontractual a lo que previamente han considerado una prohibición legal⁽⁴³⁾, planteamiento a mi juicio, muy discutible desde el punto de vista técnico, poco coherente y, sobre todo, poco disuasorio.

Según este planteamiento, el cliente debería demandar a la entidad financiera para provocar la ineeficacia del contrato, devolver el préstamo perdiendo el beneficio del plazo y cargar con los costes de reclamar daños y perjuicios al prestamista. Ello sin tener en cuenta los problemas probatorios del daño y el papel del prestatario en la operación por cuanto ha aceptado un préstamo sin tener capacidad de reembolso. Podrá también poner en conocimiento del supervisor la irregularidad, y que éste imponga una sanción al prestamista, siempre que la infracción «no tenga carácter ocasional o aislado», sanción administrativa con nulo impacto en el contrato con el prestatario.

Además, como consideran que hay prohibición legal, el prestatario podría demandar a la entidad incluso aunque no hubiera incumplido su contrato de préstamo y el prestamista también podría ser objeto de sanción

(41) DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE), Incluso para el crédito al consumo, ya lo defendía* ALVAREZ LATA, N., Comentario al artículo 14 LCC, p. 609. ARROYO AMAYUELAS, E., «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 8. ANDERSON, M., «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español, en Arroyo Amayuelas, E. y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales, Marcial Pons, 2016, p. 58.

(42) ZUNZUNEGUI, F., Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios Revista del Mercad Financiero, 2015,2, p. 20. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., «Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 139, 2015.

(43) ARROYO AMAYUELAS, E., *op. cit.*, p. 17.



administrativa –insisto– aunque el prestatario hubiera cumplido. Así mismo, en el caso de que el deudor hubiera incumplido por circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, paro, enfermedad, divorcio) también podría el prestatario demandar al prestamista porque habría concedido el préstamo en contra de una prohibición legal. Todos estos efectos son un sinsentido que pueden fulminar el mercado de crédito.

Pero lo más importante es que este planteamiento pegado a la letra de la norma lleva a consecuencias que son contrarias a la DCI. No solo creo que esta interpretación no es la correcta, sino que voy más allá: violenta la DCI (art. 38) porque las sanciones administrativas y una demanda de responsabilidad civil tiene nulo efecto disuasorio.

La segunda opción de interpretación es la que entiende que no existe prohibición legal de contratar, si bien la regulación debe incentivar que los prestamistas solo concedan préstamos cuando el test de solvencia sea positivo. Responsabilizar al prestamista de las consecuencias del préstamo irresponsablemente no necesariamente conlleva una prohibición de contratar.

A mi juicio, como ya mantuve en su momento⁽⁴⁴⁾, no hay prohibición de contratar y la mención que se hace en el artículo 18 DCI y que se reproduce en el artículo 11 LCI que ordena que el prestamista solo *pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia es positivo* significa que esta actuación debe tener algún tipo de consecuencia, pero solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato. Se destaca este matiz en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) cuando señala que «*el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista*⁽⁴⁵⁾».

Por tanto, el prestamista que concede un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe responder en caso de impago del deudor. Si

(44) CUENA CASAS, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, *cit.*», pp. 2897 ss. En el mismo sentido, ALVAREZ OLALLA, P., «La obligación de evaluar la solvencia», en *Vivienda e hipoteca*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Coordinado por Domínguez Luelmo, A., Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 166. LUQUIN Bergareche, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi 2015, p. 300.

(45) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial» /COM(2011) 142 final – 2011/0062 (COD)/. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:318:0133:0138:ES:PDF>.



se mantiene que hay prohibición de contratar, para ser coherentes, el prestamista respondería incluso cuando el deudor está cumpliendo con sus obligaciones⁽⁴⁶⁾, lo cual, como he dicho, es un efecto indeseable. Este resultado es el lógico cuando se sanciona con nulidad el contrato celebrado con un test de solvencia negativo. Esta es la solución del Derecho checo y de ahí que el TJUE en sentencia de 11 de enero de 2024⁽⁴⁷⁾ haya concluido que aunque el consumidor haya cumplido el contrato, éste puede demandar a la entidad por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Esta es una consecuencia lógica derivada de la sanción de nulidad que prevé específicamente el Derecho checo, pero que no necesariamente tiene que darse en todos los supuestos. Dependerá de la sanción que imponga cada Estado miembro. El legislador español no ha establecido la sanción de nulidad y por ello creo que ese efecto no necesariamente se produce.

Pero, sobre todo, a la hora de establecer el alcance del artículo 11.5 LCI, hay que tener en cuenta la solución interpretativa que se adopte no puede desnaturalizar el negocio bancario. Y ello porque una cosa es controlar el riesgo bancario y otra anularlo. Lograr este equilibrio es complejo y, a mi juicio, la opción no debe ser prohibir la celebración del contrato, sino *anudar consecuencias jurídicas cuando por consecuencia de la concesión del préstamo tras un test negativo de solvencia*, el deudor incumple, fruto de ese sobreendeudamiento activo. Solo en ese caso cabe reacción por parte del prestatario y, en su caso, el supervisor bancario. No se castiga el haber dado un préstamo ante un test de solvencia negativo, sino el haberlo hecho y que *ello* haya provocado el incumplimiento del deudor. Sin éste, no hay consecuencias. De hecho, la libertad de contratación se mantiene en el artículo 18.6 OTSB que ha sido modificada con posterioridad a la aprobación de la LCI. Lo que la norma europea quiere es que haya consecuencias cuando se concede un préstamo ante test de solvencia negativo, pero ello no implica necesariamente que esa finalidad se logre a través de una prohibición de contratar y de una nulidad contractual.

Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese

(46) Por el contrario, para ANDERSON, M., «La Directiva 2014/17/UE, *cit.*», p. 58, nota 26, defiende que el consumidor pueda reclamar a la entidad prestamista antes de que se produzca el incumplimiento. También lo defiende ARROYO AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 18. ¿Pero qué prestatario va a emprender semejante aventura? ¿Para qué? Si resuelve el contrato, deberá devolver el capital prestado y eso solo ya es un daño para el propio prestatario. Cosa distinta es que no se vea penalizado el consumidor por reembolso anticipado, pero esto lo tiene que establecer la ley y la LCI no lo hace.

(47) Asunto C755/22, Nárokuj s.r.o. Y EC Financial Services, a.s. He comentado esta sentencia en el blog de la Fundación Hay Derecho «Sanciones al préstamo irresponsable. El TJUE se pronuncia». <https://www.hayderecho.com/2024/01/31/sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia/> 31 de enero de 2024.



en un joven con previsión favorable de ingresos futuros) y solicitar garantías adicionales. Vetarle la posibilidad de contratar puede ser contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado de crédito.

Si la DCI no prohíbe la contratación ¿qué alcance tiene la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y el artículo 11.5 LCI? A mi juicio, es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto –insisto– de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que *disuadan* al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo⁽⁴⁸⁾. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales incumplimientos obligan a las entidades a provisionar, además de las sanciones impuestas por el supervisor.

La responsabilidad del prestamista por haber concedido un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe derivarse en los casos en los que no son circunstancias sobrevenidas (desempleo, divorcio, enfermedad) del consumidor las que provocan el impago. Es decir, el prestamista debe responder cuando siendo el test negativo, el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. Si se mantiene hay prohibición de contratar, el prestamista respondería aun en los casos en los que el deudor no cumple por circunstancias sobrevenidas y no por su falta de capacidad de pago inicial. Incluso el prestamista podría ser sancionado en caso de que el deudor cumpliera porque ha contratado teniéndolo prohibido, lo cual, insisto, es absurdo salvo que expresamente se disponga la nulidad del contrato.

Hay que atender al efecto útil de la DCI y que se consiga la finalidad que persigue que no es solo la protección de la solvencia de la entidad, sino también la del consumidor (o persona física a la que es de aplicación LCI), pero sobre todo, no se puede desnaturalizar el negocio bancario y «*transferir al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*» (Considerando 56 DCI). Defender planteamientos que desnaturalizan y directamente «se cargan» el mercado de crédito y generan una injustificada exclusión financiera no me parece de recibo.

(48) ÁLVAREZ OLALLA, P., «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Aranzadi 2017, p. 794.



4.4 ¿Qué consecuencias se han previsto en la LCI para el caso de que el prestamista conceda el préstamo con un test de solvencia de negativo?

La única consecuencia que prevé de manera expresa en la LCI es la sanción administrativa impuesta por el supervisor (arts. 44 y siguientes LCI).

La LCI no entra en las eventuales sanciones de Derecho privado que, a mi juicio, deberían haberse establecido de manera expresa evitándose las reglas generales que cabría deducir desde el punto de vista de la teoría general del contrato. Tales sanciones debían consistir como ya defendí⁽⁴⁹⁾ en la eventual pérdida del prestamista de intereses moratorios y remuneratorios tal y como se ha establecido en otros ordenamientos⁽⁵⁰⁾. Cuando el acreedor reclamara el cumplimiento al deudor éste podría oponer por vía de excepción el carácter irresponsable del préstamo y que se había concedido con un test de solvencia negativo. De esta forma, el deudor no tendría que demandar el prestamista ninguna indemnización, evitándose los costes que ello le conllevaría. El control del préstamo responsable se llevaría a cabo no solo por el supervisor bancario (sistema que ha fracasado como se comprueba con la crisis financiera de 2008), sino también por los jueces.

También propuse que, si el prestamista concedió el préstamo con test de solvencia negativo, en caso de declaración de concurso del consumidor, fruto de este sobreendeudamiento activo, la Ley Concursal debía contemplar la posibilidad de una subordinación judicial del crédito o alternativamente, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (arts. 486 y ss del Texto refundido de la Ley concursal aprobado por Real decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

Con estas medidas está claro que el prestamista «solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato». Y lo hará por voluntad propia, sin necesidad de prohibiciones legales. Lo hará porque la ley establecería incentivos para hacerlo. El mercado de crédito es un mercado privado y el legislador, en el ámbito de la contratación lo que tiene que hacer es establecer incentivos.

En su momento defendí que para transponer la DCI el legislador español debía introducir sanciones específicas de Derecho privado porque

(49) CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *cit.*, p. 2899.

(50) En Francia, los artículos L312-16 L341-27, L341-28, L341-31 y L341-33 del Código de Consumo prevén la pérdida de intereses remuneratorios. En Bélgica el *Code de Droit Économique*, artículo VII.201, VII.209, prevé la pérdida de los intereses moratorios y la reducción de la obligación de restituir el capital.



entiendo que las sanciones administrativas y la responsabilidad civil no suponen un mecanismo disuasorio al préstamo responsable, tal y como exige la DCI. Es claro que las entidades financieras prefieren que el control del préstamo irresponsable quede «en casa» en manos de un supervisor que puede no actuar, tal y como la experiencia ha demostrado. El sistema no puede seguir igual y si algo temen las entidades financieras es un control judicial del préstamo irresponsable. Los jueces sí actúan. Bien lo saben tras la cascada de acciones de nulidad por cláusulas abusivas en contratos del préstamo hipotecario. El lobby bancario actuó evitando que alguna enmienda prosperara⁽⁵¹⁾.

Pues bien, tales sanciones de Derecho privado no se han establecido y por ello creo que no hay una transposición correcta y eficiente de la DCI en la LCI. De hecho, el TJUE ya en sentencia de 10 de junio de 2021⁽⁵²⁾ ha declarado no disuasorias las sanciones administrativas con ocasión de la regulación de la evaluación de solvencia en Derecho polaco. Entiende que para que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas derivadas de las infracciones que cometieron.

«Tal sanción (multa administrativa) no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva».

«Para determinar si una normativa nacional aplica suficientemente las obligaciones derivadas de una directiva determinada, debe tenerse en cuenta no solo la normativa específicamente adoptada a efectos de la transposición de dicha directiva, sino también el conjunto de normas jurídicas disponibles y aplicables».

(51) El Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados (Enmienda núm. 186): Se introducía el siguiente texto: 8. *Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea impossibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.*

En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista.

BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-3, de 23/03/2018 La enmienda no prosperó en el Congreso de los Diputados por un voto. 165 votos a favor y 166 en contra.

(52) Asunto 303/20, *Ultimo Portfolio Investment Luxembourg* EU: C: 2021:479, apartado 32.



Y es que si lo que se pretende es prevenir el sobreendeudamiento, la sanción debe tener impacto en la relación contractual con el consumidor. ¿De qué le vale al consumidor la sanción administrativa si tiene que devolver el préstamo con sus intereses? Por tal razón el titular del Juzgado de Primera instancia de Fuenlabrada (Auto 2/2024 de 31 de enero de 2024)⁽⁵³⁾ considera que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia debe implicar sanciones civiles. Por tal razón ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE en estos términos: ¿Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 se oponen a una interpretación del Derecho nacional por la que ante el incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia la mera previsión de sanciones administrativas excluye la posibilidad de declarar la nulidad del contrato de crédito o imponer otra consecuencia civil? Aunque referida al crédito al consumo, la interpretación será extrapolable al crédito inmobiliario dada la simetría de la regulación. Habrá que esperar a esta sentencia cuyas consecuencias son de gran trascendencia.

5. CONCLUSIÓN: ¿RESPETA EL DERECHO ESPAÑOL LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE PRÉSTAMO IRRESPONSABLE?

La regulación contenida en la LCI sobre la evaluación de la solvencia es censurable y poco ha cambiado respecto de la situación anterior a la crisis. La LCI se centra en los abusos en la contratación bancaria y el legislador «se olvida» de que lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad) a ser mecanismo de protección del cliente bancario. Con la nueva regulación europea se pretende, a mi juicio, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado.

Este cambio de perspectiva debía haberse producido en la LCI, cosa que no ha sucedido. Seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Se impone una aplicación conforme del Derecho europeo para que sea realidad el mandato impuesto por la norma europea de que las sanciones al préstamo irresponsable deben ser proporcionales, efectivas y disuasorias. Una interpretación que indirectamente beneficie al prestamista

(53) Id. Cendoj: 28058420012024200001.

irresponsable, por ejemplo, denegando al deudor la exoneración del pasivo insatisfecho en el proceso concursal ((art 487.1.6.º TRLC)) por endeudamiento irresponsable del deudor sin tener en cuenta el incumplimiento del prestamista de la obligación de evaluar la solvencia sería contraria a la normativa europea de préstamo responsable⁽⁵⁴⁾.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), «Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry». 6 de noviembre de 2018 <https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo* <https://derechomercantilespaña.blogspot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html>.
- ALVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 14 LCC», en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Aranzadi 2017.
- ANDERSON, M., «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español», en Arroyo Amayuelas, E., y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, 2016.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 21» en Comentarios a la Ley de Crédito al consumo dirigido por Marín López M. J., Ed. Aranzadi, 2014.
- «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona.
- CELENTANI, M.; GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «*El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico*» en Ganuza, J. J., Gómez Pomar, F (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- COLLADO RODRÍGUEZ, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

(54) Sobre esta importante cuestión mi trabajo y la jurisprudencia al respecto emanada de los juzgados de lo mercantil, Cfr. «Incertidumbres alrededor de la segunda oportunidad», Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), núm. 12, 2024, pp. 61-96.



- CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», RCDI, núm. 764, págs. 2871-2894. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/18302>.
- «La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios/coord. por Lorenzo Prats Albertosa, 2020, pp. 175-235.
- «Sanciones al préstamo irresponsable. El TJUE se pronuncia». <https://www.hayderecho.com/2024/01/31/sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia/> 31 de enero de 2024.
- «Incertidumbres alrededor de la segunda oportunidad», Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), núm. 12, 2024, pp. 61-96.
- DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*.
- ECONOMIC POLICY INSTITUTE, «The productivity-Pay gap» <https://www.epi.org/productivity-pay-gap/>.
- FINANCIAL SERVICES USER GROUP, «Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive», https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf.
- LUQUIN BERGARECHE, R., *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi 2015.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en Carrasco Perera A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019.
- MELERO BOSCH, L., «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos», Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 155, 2019, (*Proview*).
- ORDÀ; SCHULARICK, y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf.
- ORDÁS ALONSO, M., «Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio», Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi.
- RONA-TAS, A., y GIUSEVA, A. (2013), «Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative economics*, 41(2), 420.
- SÁENZ DE JUBERA, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», Revista de Derecho del mercado financiero Working paper 1/2021, enero 2021. <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf>.

