

Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario*

Creditworthiness assessment and mortgage credit

por

MATILDE CUENA CASAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Acreditada como Catedrática
Universidad Complutense
Patrona de la Fundación Hay Derecho

RESUMEN: Se analiza en el presente trabajo el alcance de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia en el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario regulados por la Directiva 2014/17. Se presta especial atención al problema de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de tal obligación por el prestamista, huérfano de regulación en la normativa europea. Se hacen propuestas de interpretación de la norma con objeto de transponer la normativa en el Derecho español y hacer realidad la obligación del prestamista de conceder préstamos de manera responsable.

ABSTRACT: *The scope of the lender's obligation to assess solvency in the context of mortgage loan contracts regulated by Directive 2014/17 is analyzed in this paper. Particular attention is given to the problem of the consequences*

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación I+D: «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 2013-46315) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y el Proyecto «Registro, mercado crediticio y crisis económica» (DER2016-81966-REDT).

arising from the non-fulfillment of such obligation by the lender. We make proposals to interpret the rule in order to transpose the European Directive into Spanish law and to enforce the obligation of the lender to grant loans responsibly.

PALABRAS CLAVE: Evaluación de la solvencia. Crédito hipotecario. Sobreendeudamiento. Consumidores. Préstamo responsable. Datos de solvencia patrimonial.

KEY WORDS: *Creditworthiness. Mortgage credit. Over indebtedness. Consumer. Responsible lending. Credit reporting.*

SUMARIO: I. LA CRISIS COMO MANIFESTACIÓN DEL FALLO EN LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO.—II. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y TIPOS DE RIESGO DE CRÉDITO.—III. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y SUPERVISIÓN BANCARIA.—IV. LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA Y TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO: 1. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. 2. LA DIRECTIVA 2014/17, DE 4 DE FEBRERO. 3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA: 3.1. *Naturaleza.* 3.2. *En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia.* 3.3. *Consecuencias jurídicas: sanciones administrativas versus sanciones civiles.* 4. LAS «TRANSPOSICIONES AUTONÓMICAS» DE LA DIRECTIVA 2014/17. 4.1. *La regulación contenida en el Código de Consumo de Cataluña.* 4.2. *La Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio.* 4.3. *El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017.*—V. LA NECESIDAD DE UN ADECUADO SISTEMA DE INFORMACIÓN CREDITICIA PARA EL CUMPLIMIENTO Y EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA.—VI. CONCLUSIONES.

I. LA CRISIS COMO MANIFESTACIÓN DEL FALLO EN LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO

La crisis financiera iniciada en 2008 ha producido efectos devastadores en todos los órdenes: económicos, sociales y también políticos, dentro y fuera de nuestras fronteras. Esta es una afirmación poco discutible. No es la primera crisis financiera y tras analizar las medidas adoptadas a nivel nacional e internacional, me atrevo a aventurar que tampoco será la última.

Con la perspectiva del tiempo transcurrido, ya existe cierto consenso acerca de sus causas. La historia se ha repetido, con algunos matices fruto de la

sofisticación de los productos financieros. Pero lo cierto es que lo que ha pasado no es nuevo y es fruto de una desregulación financiera premeditadamente buscada.

Ya la famosa crisis de 1929 colapsó el sistema bancario en EEUU provocando la pérdida de sus ahorros a muchos ciudadanos. En aquella ocasión, uno de los factores desencadenantes fueron los generosos préstamos concedidos por entidades llenas de liquidez a los agricultores para que aumentaran su producción y a todo tipo de clientes para la adquisición de acciones. Un boom crediticio auspiciado por bajos tipos de interés provocó una burbuja de precios que favoreció el desarrollo de sofisticados instrumentos de inversión y a su vez de ganancias.

Como ya se señalara en el periódico «The Economist», lo mismo ha sucedido en 2008: «crédito fácil amplificado por productos financieros, compra de activos con dinero prestado, aderezado por un optimismo irracional: los precios nunca iban a dejar de subir». Si se sustituye la palabra «acciones» por «inmuebles»¹ encontramos ciertas similitudes con la actual crisis financiera. Un denominador común: el desenfreno crediticio y una irresponsabilidad bancaria en el contexto de un mercado desregulado.

En la crisis de 1929 se pedía prestado para comprar acciones y se prestaba sin control sobre la base de que las acciones siempre subirían. Las acciones subían porque la gente las compraba y las compraban porque subían creándose una burbuja bursátil. El problema era que la compra de acciones se hacía con dinero prestado y una bajada del precio de las acciones provocaba la imposibilidad de devolver el préstamo concertado para su adquisición. Por ello la bajada del precio de las acciones no provocó solo pérdida para el inversor, sino también para las entidades financieras que prestaron fondos procedentes de los depósitos de los clientes para la adquisición de tales activos.

El mismo esquema se ha repetido en 2008 con la compra de inmuebles. También el optimismo de prestamistas y prestatarios hizo su trabajo. Sobre la base de que el precio de los inmuebles no bajaría nunca, se prestó alegremente, sin valorar adecuadamente la solvencia del prestatario ni su capacidad de reembolso. Tan solo se tuvo en cuenta el valor del inmueble dado en garantía, tasado generosamente con base en el optimismo de que el inmueble valdría más en el momento de una eventual ejecución que en el de concederse el préstamo. Los bancos no evaluaron correctamente la solvencia del deudor, su capacidad de pago y si lo hicieron, prescindieron de sus resultados. Se basaron en el valor de la garantía, en el valor de un bien de valor incierto (sujeto a las fluctuaciones de la oferta y la demanda), inventando un escenario de subida de precios. Se habían sentado las bases de una nueva burbuja, en este caso, inmobiliaria.

En ambas crisis hubo un denominador común: los bancos prestaron a personas que no podían devolver el dinero y con base en activos de valor incierto. Con un sistema bancario basado en el principio de reserva fraccionaria, el dinero de

los depositantes se prestó a sujetos que invertían y su garantía eran esos activos. En 1929 la crisis bursátil se convirtió en crisis financiera. En 2008, la inexistente evaluación del riesgo se propaga a terceros mediante la titulización, refinanciándose el prestamista que da en garantía de tal financiación una cartera hipotecaria tóxica integrada por préstamos de alto riesgo. Otras entidades utilizan dinero de los depositantes para «invertir» en activos tóxicos. Al igual que en 1929, los bancos en 2008 perdieron su papel de intermediarios financieros (recibir depósitos para prestarlos) y habían entrado en el mercado de capitales, convirtiéndose en inversores con un capital procedente de depositantes y no de inversores.

Una de las respuestas a la crisis de 1929 fue la Ley Glass-Steagall (Banking Act), que entró en vigor el 16 de junio de 1933 separándose la banca de depósitos de la banca de inversión de manera que los prestamistas no pudieran especular con el dinero de los depositantes. Se trató de uno de los máximos exponentes de la regulación bancaria y derogada en 1999 cuando B. Clinton presidía EEUU. Sin duda la presión de la banca comercial por la falta de competitividad que tal regulación conllevaba respecto a los bancos europeos y a los bancos de inversión cuya rentabilidad era mayor. Se impone el neoliberalismo: «la disciplina vendría del propio mercado»². El lobby bancario consiguió el objetivo de la desregulación con la aprobación en 1999 de la Graham-Leach-Bliley Act que permitió unificar la banca comercial con la banca de inversión, si bien con algunas limitaciones.

La posibilidad de entrar en el mercado de inversión les permitía arriesgar más (con el dinero de los depositantes que no quieren invertir sino guardar su dinero) y con ello obtener una mayor rentabilidad y recuperar la competitividad perdida con la Ley Glass-Steagall. Consecuencia del nuevo marco regulatorio fue la fusión de muchas entidades comerciales y de inversión creándose grandes entidades que favorecieron que «fueran demasiado grandes para caer (*too big to fail*)». El resultado estaba claro: podían invertir, obtener mayor rentabilidad y eran demasiado grandes para caer, por lo que siempre estaría en última instancia el Estado para cubrir las eventuales pérdidas que se pudieran producir.

En este contexto, las hipotecas de alto riesgo (*subprime*) permitieron obtener grandes beneficios al prestamista dado el sistema de información crediticia vigente en USA³ donde el flujo de información positiva permite un mayor ajuste del coste crediticio a la prima de riesgo del cliente. Un deudor de alto riesgo es más rentable puesto que los tipos de interés que se le aplican son más altos. Si a ello le unimos la titulización⁴ de los préstamos hipotecarios por virtud del cual el prestamista utiliza los préstamos hipotecarios (activos poco líquidos) como instrumentos para obtener financiación, eliminando el riesgo y obteniendo liquidez, el caldo de cultivo a la crisis financiera estaba servido: era muy fácil asumir riesgos y sacarlos del balance. Otras entidades utilizan dinero de los depositantes para realizar inversiones de alto riesgo cosa que podían hacer tras la derogación de la Ley Glass-Steagall.

La historia se ha repetido y lo raro es que no hubiera sucedido. El sistema estaba diseñado para que pasara. Detectado por los inversores el alto riesgo de los préstamos hipotecarios se produjo el *credit crunch*: ventas masivas y falta de liquidez en el mercado lo que se lleva por delante a entidades financieras que se han convertido también en bancos de inversión. La mezcla letal entre banca comercial y banca de inversión había vuelto a dar resultados.

En la base, una deliberada concesión irresponsable de crédito. Se conceden los 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 realizado por una empresa participada por la entidad financiera. Bastaba aumentar el valor de tasación para cumplir nominalmente los requerimientos de la regulación del mercado hipotecario (LTV) que exigía que el importe del préstamo no superara el 80% del valor de tasación. Como acertadamente se ha señalado, la sobrevaloración de las tasaciones tiene externalidades muy importantes. La subida artificial de los precios de tasación provoca una espiral inflacionista difícil de contener⁵ porque, aunque se pretendiera hacer una tasación correcta, habría que tener en cuenta el valor de tasación de inmuebles vendidos recientemente en el mismo bloque/manzana/barrio. Inflados los precios de venta, ello llevaba inexorablemente a una mayor sobrevaloración de las tasaciones.

Lo que está claro es que intereses de todos los operadores se alinearon en contra de la estabilidad de sistema: el consumidor se convertía en propietario que era lo que quería, algo que le da un cierto status social y además le convenía fiscalmente porque le permitía aplicar deducciones por adquisición de vivienda habitual; la entidad financiera presta y obtiene activos para utilizarlos como garantía para refinanciarse y seguir prestando obteniendo importantes beneficios; las sociedades de tasación ganaban dinero; el Estado percibía importantes ingresos gravando las operaciones. La burbuja inmobiliaria hacía ganar mucho dinero a todos. Nadie tenía interés en evitarla y el marco jurídico ayudaba, ya que generaba incentivos perversos.

Mientras tanto, la economía crecía de forma artificial sustentada en el sobreendeudamiento masivo de particulares y el partido del gobierno de turno (daba igual su color político) se aseguraba la victoria en las siguientes elecciones generales. Y todo sucedió a la vista ciencia y paciencia del supervisor bancario, controlado por el Gobierno⁶. Existía un interés político en la creación de la burbuja inmobiliaria y buena prueba de ello es que las entidades que más excesos cometieron tenían a políticos en sus Consejos de Administración. Las relaciones íntimas entre el poder financiero y el político tienen mucho que ver con lo que ha sucedido⁷. Es fácil evitarlo siempre que exista voluntad de los gobiernos de crear un marco jurídico que no genere incentivos positivos a tales actuaciones irregulares. Detrás de esta crisis financiera lo que hay es un problema de conducta⁸ que se ha centrado en una deficiente evaluación de la

solvencia de los prestatarios, que ha quedado impune, pues la regulación no es disuasoria.

El objeto de este trabajo es el análisis de la obligación de evaluar la solvencia del prestamista en el marco del mercado hipotecario. Una obligación que es obvia para cualquier entidad y, sin embargo, ahora parece que se regula de manera específica y se pretende que su incumplimiento tenga más consecuencias jurídicas. El primer interesado en evaluar la solvencia debería ser el prestamista, pero hemos visto en el relato citado que arranca de la crisis de 1929, que esta elemental obligación no fue cumplida ni entonces ni ahora. La respuesta inicial fue la separación entre banca comercial y banca de inversión con objeto de reducir estímulos positivos a su incumplimiento. El diagnóstico en 1933 fue el correcto y la reforma dio resultados generando confianza en el sistema financiero y reactivando el mercado de crédito. Aunque en su momento el diagnóstico de la enfermedad fue adecuado y la medicina fue bien prescrita, las ansias de rentabilidad de los banqueros y su estrecha vinculación con el poder político favorecieron malos hábitos que han desencadenado en otra nueva crisis, otra nueva enfermedad con los mismos síntomas que la anterior.

La respuesta hoy, como se explicará en las páginas que siguen, es, entre otras medidas, una pretendida regulación de la obligación de evaluar la solvencia que —adelanto ya— es insuficiente para evitar otra futura crisis financiera. Tampoco es la estructura del derecho real de hipoteca ni el funcionamiento del mercado hipotecario el responsable de la crisis financiera.

El negocio bancario supone la asunción de riesgos con objeto de obtener una rentabilidad. El riesgo es consustancial al negocio bancario. El problema es cuando a ese riesgo se le incorpora otro adicional y menos controlable propio de la banca de inversión poniéndose en peligro la solvencia de las entidades y favoreciéndose la aparición de externalidades (riesgo sistémico).

Si entonces la presión de las entidades financieras en EEUU consiguió que se derogara la Ley Glass-Steagall que protegía al cliente minorista, a los consumidores, ahora las entidades financieras han mostrado todavía más poder: han evitado que se promulgue una regulación eficiente. El régimen jurídico del préstamo hipotecario responsable aprobado en EEUU (*Dodd Frank Act* de 2010) y en la UE no es el «antibiótico» adecuado para tratar la enfermedad que nos ha llevado a esta crisis (igual que la de 1929) que no es otra que un mal comportamiento de los prestamistas, que actúan como gobiernos en la sombra y en situación de riesgo moral. La responsabilidad no es solo de las entidades financieras. También hay responsabilidad política. Un problema de comportamiento que se repite (de ahí la alusión a la crisis de 1929) y que debe solucionarse con una regulación que genere incentivos contrarios a tal comportamiento⁹. No es lo que ha sucedido tras la crisis actual. Antes, al igual que ahora, la regulación financiera ha sido una respuesta «reactiva», conforme los fallos del mercado han ido emergiendo, tratando las «enfermedades» causadas

por la globalización financiera en lugar de darse una respuesta «proactiva» dirigida a atacar las causas del problema¹⁰.

Hoy ya es admitido que esta crisis es fruto de un préstamo irresponsable cuyas consecuencias se han propagado a través del mercado secundario¹¹. Por ello, la regulación de la obligación de la evaluación de la solvencia y, sobre todo, las consecuencias derivadas de su incumplimiento, constituye un instrumento proactivo para la prevención de futuras crisis financieras. Lograr el equilibrio entre una necesaria protección del consumidor y la estabilidad del mercado financiero y el flujo del crédito a costes razonables es el principal reto. Pero ello no basta. Es necesario prevenir el riesgo sistémico y este se vincula con el mercado secundario, con la posibilidad de las entidades de operar no solo como bancos comerciales, sino también como bancos de inversión¹². Este aspecto es clave: las entidades cumplirían sus obligaciones y tomarían decisiones más conservadoras, si las consecuencias derivadas del incumplimiento del deudor fueran asumidas solo por la propia entidad¹³.

La necesaria protección del consumidor no debe llevarse a cabo desde planteamientos paternalistas, protegiéndole de sus propias y erróneas decisiones. Se trata de sentar las bases para que tales decisiones sean informadas y se adopten en un mercado transparente y equilibrado que no incentive los abusos permitiendo que el prestamista actúe en situación de riesgo moral. Basta equilibrar el sistema, sin correr el riesgo de desequilibrarlo a favor del consumidor, algo que podría poner en riesgo el mercado de crédito.

El crédito debe fluir y su coste debe ser ajustado a la prima de riesgo del deudor. No vale plantear un régimen neoliberal desregulado solo con el objeto de que fluya el crédito de forma masiva y a bajo coste. Las consecuencias de este planteamiento ya las hemos vivido. El préstamo masivo a deudores de alto riesgo siempre termina en crisis financiera. Así sucedió en 1929 y así ha sucedido en 2008. En un mercado liberalizado, las consecuencias de los préstamos de alto riesgo debe padecerlas el prestamista. Nadie más. Parece una afirmación elemental, pero precisamente no es el sentido común lo que ha imperado desde los años 70 en el ámbito de la regulación financiera. De hecho, el coste de los excesos ha sido asumido por los ciudadanos fruto de la regla *too big to fail*. Regla que viene provocada por la magnitud de los «monstruos» financieros creados en EEUU precisamente tras la derogación de la Ley Glass-Steagall, es decir, de la mezcla letal entre banca comercial y banca de inversión que en Europa ni siquiera se llegó a cuestionar.

Creo que este es el enfoque con el que se debe partir a la hora de tratar la regulación de la obligación de evaluar la solvencia. El prestamista debe ser libre de asumir riesgo. En ello reside la esencia del negocio bancario. Pero como cualquier empresario que arriesga, las consecuencias negativas deben también ser asumidas por el prestamista sin que el mismo pueda fácilmente propagarse a terceros. La clave es cuáles deben ser estas consecuencias ¿Deben traducirse

solo en sanciones en el marco de la supervisión bancaria (regulación en materia de provisiones bancarias, multas)? ¿Deben afectar al contrato celebrado con el cliente bancario? De poco vale una regulación de evaluar la solvencia si la ley habilita a las entidades financieras refinanciar las hipotecas de alto riesgo a través de los certificados de transmisión de hipotecas incluidas en fondos de titulización de activos (art. 18 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero), permitiendo que tales préstamos no cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Mercado Hipotecario (LMH) en relación con la ratio *loan to value* (LTV) para refinanciar los préstamos a través de valores hipotecarios (bonos, cédulas o participaciones hipotecarias).

Una regulación sobre la obligación de evaluar la solvencia no puede ser eficiente si otras normas del sistema no constituyen un incentivo positivo a su cumplimiento. Por ello, el enfoque del problema debe ser global y no solo debe atenderse al régimen jurídico particular de tal obligación. Una regulación adecuada del mercado secundario y un supervisor bancario que haga su trabajo son complementos indispensables.

Si se opta por permitir la fusión entre banca comercial y banca de inversión, ello es a cambio de mayor regulación. De hecho, en Europa tal separación nunca se estableció, aunque la regulación del sistema financiero fue mayor en materia de requerimientos de capital. Europa suele «contagiarse» de los excesos provocados por la desregulación en el sistema financiero de EEUU, aunque en Europa también los haya habido. Lo que está claro es que, en un mercado financiero globalizado, cualquier medida puede afectar a la competitividad, por lo que la separación de banca comercial y de inversión hoy parece que está lejos de plantearse. Las medidas paliativas tienen que ser globales, pues el mayor riesgo es el efecto sistémico que pueden tener los excesos en la evaluación del riesgo una vez que se parte de la premisa —parece que ineludible— de que las entidades financieras deben obtener rentabilidad como inversores.

Creo que estos antecedentes son necesarios a la hora de valorar las reformas emprendidas y sugerir las que deben implantarse. No se debe perder de vista lo que ha sucedido. Postular reformas cuya eficacia depende del supervisor bancario no supone un avance, sino «más de lo mismo».

II. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y TIPOS DE RIESGO DE CRÉDITO

La asunción de riesgos es parte inherente a la actividad bancaria ordinaria. La regulación de la obligación de evaluar la solvencia no puede conducir a desnaturalizar la esencia del negocio bancario, exigiéndose que el prestamista contrate a riesgo «0». Los prestamistas no tienen más remedio que asumir riesgos

y lo hacen con recursos procedentes de los depósitos de sus clientes, quienes no pueden controlar su actividad.

El prestamista debe ser el primer interesado en que el deudor sea solvente y para ello hay que regular la obligación de evaluar la solvencia de forma que el prestamista sea el que efectivamente asuma las consecuencias del incumplimiento de tal obligación¹⁴. De ahí la necesidad de que se controle la posibilidad de la transferencia del riesgo a terceros a través del mercado secundario (bonos y cédulas hipotecarias).

Deben así mismo, ponerse obstáculos a la posibilidad de externalizar a otros sujetos (buenos pagadores) los costes derivados del riesgo de impago. En el modelo de negocio agresivo de préstamo de alto riesgo y alta rentabilidad que ha desencadenado esta crisis, tales costes eran pérdidas esperadas que eran superadas por los beneficios compensatorios obtenidos en forma de subidas de tipos de interés y altas comisiones que pagaban incluso los «buenos pagadores»¹⁵. Por eso se ha prestado mal «a propósito»¹⁶, porque se ganaba más dinero prestando mal que prestando bien. Y ello por ausencia de mecanismos disuasorios en el ámbito sancionador de la obligación de evaluar la solvencia. Además, en el caso de España, la posibilidad de externalizar los costes de los impagos a los buenos pagadores viene favorecida por un deficiente sistema de información crediticio que tolera asimetrías de información en la medida que los prestamistas no comparten a los *bureaus de crédito* información positiva de sus clientes, lo cual restringe la competencia entre entidades e impide un ajuste del coste crediticio a la prima de riesgo real de los clientes¹⁷. A este déficit de nuestra regulación me referiré posteriormente¹⁸.

Los peligros del préstamo de alto riesgo se evidencian si se parte de que el sistema financiero opera con base en el privilegio de reserva fraccionaria, que facilita el denominado «descalce de plazos» (*maturity mismatches*): la entidad se endeuda a corto, pero invierte a largo plazo (hipotecas a 30 años), estrategia que puede favorecer una crisis de liquidez que termine siéndolo de solvencia. De hecho, este efecto es el que ha provocado la necesidad de rescate con dinero público de algunas entidades financieras. El tamaño de la entidad financiera, fruto de una concentración bancaria cercana al oligopolio propia de un mercado financiero poco competitivo como es el español, favorece que este rescate se produzca fruto de la regla «*too big to fail*». No cabe duda de que, si los excesos de las entidades se compensan con rescates con dinero público, el resultado es que se generan situaciones de riesgo moral.

No es el préstamo hipotecario¹⁹ ni el funcionamiento del mercado hipotecario en sí mismos los que deben ser cuestionados, sino, como he señalado, la mala praxis de los operadores del mercado. Por ello, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia debe ser abordada desde una doble perspectiva: desde el ámbito de la supervisión bancaria y desde el ámbito de la relación contractual con el cliente bancario. No bastan sanciones administrativas. Es preciso

que se incorporen sanciones de Derecho privado, pero al mismo tiempo ha de salvaguardarse la esencia del negocio bancario.

La intervención pública de la actividad bancaria a través del supervisor (Banco de España y ahora el Banco Central Europeo)²⁰ se justifica por el ya mencionado riesgo sistémico de las crisis bancarias.

En el marco de la actividad supervisora es donde se ha enmarcado tradicionalmente la obligación del prestamista de evaluar la solvencia. Un mecanismo de control y gestión del riesgo que en ningún caso puede hacer pensar que sirve para evitarlo pues, como he dicho, este es connatural al negocio bancario.

El riesgo de crédito, es decir, la posibilidad de que el prestatario incumpla con las obligaciones asumidas con el prestamista, puede deberse a falta de *capacidad de pago* o a falta de *voluntad de pago*²¹. La primera se mide de acuerdo con la entidad de 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, 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. 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 crédito²². 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, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no es un instrumento hábil para solucionar los problemas que se derivan del *sobreendeudamiento pasivo*.

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.

La regulación de la obligación de evaluar la solvencia actúa como mecanismo de prevención del riesgo de crédito en los casos de falta de *capacidad de pago* en el momento de la concesión del préstamo. Esto significa que el adecuado cumplimiento de tal obligación no previene todos los supuestos de riesgo de crédito y, por lo tanto, no todo incumplimiento de la obligación por parte del prestatario implica que el prestamista incumplió sus obligaciones de préstamo responsable, en el sentido de realizar una adecuada valoración de la solvencia. *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. Por otro lado, y como justificaré seguidamente, una irregular o inexistente evaluación de la solvencia que no genera situaciones de incumplimiento, tam-

poco debería tener consecuencias si se quiere preservar la esencia del negocio bancario.

III. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y SUPERVISIÓN BANCARIA

La obligación de evaluar la solvencia inicialmente se reguló en el marco de la supervisión bancaria y no como mecanismo de protección del cliente bancario, al menos de forma directa²³. La supervisión administrativa de las entidades financieras va dirigida a generar confianza en el sistema y a garantizar la solvencia, lo que mediata e indirectamente beneficia al consumidor dado el interés público en el correcto funcionamiento del sistema financiero. Por lo tanto, las normas internas de control de riesgos de las entidades financieras en el marco de la normativa de supervisión no van dirigidas directamente a la protección de los deudores, sino a garantizar la solvencia de la propia entidad, lo cual —insisto— tiene (teóricamente) un impacto indirecto en la sociedad en general que dispone de este modo de un sistema financiero sano²⁴.

Sin embargo, si algo ha puesto de manifiesto la crisis financiera actual es la ineficiencia del planteamiento de dejar solo en manos del supervisor el control del sistema financiero y mucho menos la tutela del consumidor. Los organismos supervisores no han actuado²⁵. Y ello tiene cierta lógica —aunque no justificada— porque las infracciones de la regulación son sancionadas²⁶, principalmente con multas, que pueden comprometer la solvencia de las entidades, que a su vez son impuestas por la entidad que pretende garantizar su solvencia.

A pesar del fracaso de este modelo, se ha insistido en el mismo tras la crisis financiera²⁷. La regulación más estricta en materia de requerimientos de capital (marco regulador Basilea III)²⁸ teóricamente supone un estímulo positivo al correcto cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte de las entidades financieras. Se establecen, entre otras medidas²⁹, requerimientos mínimos de capital regulatorio, que garanticen la solvencia. Se trata del capital mínimo que debe tener una entidad para ser considerada como viable en función de activos ponderados por riesgo³⁰. Además, se establecen unos «colchones de capital» de forma que las entidades cuenten con recursos propios en cantidad suficiente para cubrir eventuales pérdidas futuras. Así mismo, la normativa contable³¹ y principios de valoración tienden a asegurar la adecuada valoración de los recursos propios y los activos en balance. En la actualidad esta normativa se contiene en la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito³² (en adelante, LOSS).

En definitiva, se trata de generar estímulos para que las entidades evalúen correctamente el riesgo crediticio. Las entidades tienen *libertad operativa* y *pueden contratar*, pero se vigila especialmente la valoración de los activos y la existencia de un nivel de recursos propios acorde al riesgo incurrido por

las entidades. Cuantos más riesgos asuman mayores serán los requerimientos de capital y menos recursos dispondrán para prestar y obtener rentabilidad. El incumplimiento de la regulación en materia contable y de requerimientos de capital será sancionado por el supervisor (arts. 96 y siguientes Ley 10/2014) centrado básicamente en multas y en la revocación de autorización de la entidad.

Pero, como he dicho, esta regulación no va dirigida directamente a la protección del cliente bancario, por lo que no establece consecuencias en el ámbito del Derecho privado³³ que puedan tener impacto en la relación contractual del prestamista con el cliente cuando se ha concedido un préstamo de forma irresponsable. De hecho, hasta la fecha las normas de ejecución hipotecaria³⁴, han sido especialmente generosas con la posición del acreedor, sin que la conducta de este tuviera ningún tipo de impacto o pudiera ser un freno a la ejecución. Lo mismo cabe decir de la regulación concursal. Hasta la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el deudor persona física respondía con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil), sin que el acreedor tuviera límites a la ejecución lo cual suponía un estímulo positivo al préstamo irresponsable y a la ausencia de evaluación correcta del riesgo crediticio. Ya lo advirtió el Banco Mundial: «los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una «salida de emergencia» tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito³⁵. La exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor insolvente de buena fe constituye un estímulo favorable al préstamo responsable, estímulo que no ha entrado en el Derecho español hasta el año 2015³⁶. La ausencia de este remedio en los años en los que se ha gestado la crisis, ha supuesto un incentivo al préstamo irresponsable.

IV. LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA Y TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO.

1. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1.1. Normativa estatal

En España no existía una regulación de la obligación de la solvencia del deudor cuyo objetivo fuera la tutela del cliente bancario. Será el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES)³⁷ el primer texto que, aparentemente, incide en este ámbito. Es aplicable, con carácter general, a todo tipo de préstamos o créditos, en el marco de normas de conducta, y se limita a establecer el principio de préstamo responsable, pero sin abordar una regulación concreta remitiéndose a un posterior desarrollo normativo. Si

algo, como veremos, caracteriza la regulación sobre el préstamo responsable es su laxitud e indefinición.

El precepto va dirigido a las entidades de crédito quienes deben evaluar la solvencia del potencial prestatario (no se alude específicamente a consumidores), antes de la celebración del contrato, sobre la base de información *suficiente*. Parece considerarse suficiente, la aportada por el cliente y la que consta en los ficheros de solvencia patrimonial de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal³⁸. Con todo, la enunciación es vaga pues se limita a señalar que *dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos*. En relación con cómo pueden las entidades proceder a la evaluación de la solvencia, deberán aplicarse las normas internas sobre gestión de riesgos y control interno aplicables a las entidades de crédito según su regulación específica³⁹.

En el último párrafo del artículo 29.1 LES se añade un aspecto relevante en el sentido de considerar responsable el crédito no solo cuando se evalúa la solvencia, sino también cuando el préstamo se adecúe a los intereses, necesidades y situación financiera de los consumidores⁴⁰. Esta necesidad de ajuste del producto a los intereses, sin embargo, no se recoge, como veremos en la normativa de desarrollo. Este aspecto recuerda a la evaluación de conveniencia en el ámbito del servicio de asesoramiento en materia de gestiones o de inversión de carteras⁴¹. No hay efecto legal para el caso de que el deudor sea solvente pero el préstamo «no se ajuste a sus intereses o necesidades». Se trata de deberes de información que, a mi juicio, son de distinto alcance de la obligación estricta de evaluar la solvencia.

En el artículo 29.2 LES (hoy derogado por la LOSS⁴²) se facultaba al Ministerio de Economía para que aprobara normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en las relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios y del crédito al consumo.

En relación con la previsión de dicha regulación, el artículo 29.1 LES dispone que «adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad».

Por lo tanto, a los principios generales en materia de préstamo responsable contenidos en la LES aplicable a todo prestatario, se adiciona y solapa la regulación específica para los contratos de préstamos y créditos a consumidores.

La previsión normativa contenida en la LES concluía con una mención contenida en el último párrafo del artículo 29.2 que, como he dicho hoy está derogada, y que tiene incidencia relevante. Así, se señalaba que «*lo previsto en*

este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela». Esta mención aclaraba que la libertad contractual se preservaba, al margen de las eventuales consecuencias que se pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Tales incumplimientos no tenían como consecuencia la prohibición de contratar.

La misma idea se encuentra recogida en el segundo texto que aborda una regulación de la obligación de evaluar la solvencia contenida que es el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁴³ (en adelante, OTSB), dictada en ejecución del mandato de desarrollo contenido en el artículo 29.2 LES. Así, el artículo 18.6 OTSB, señala 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 plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes»*⁴⁴.

El precepto de desarrollo da un paso más en relación con lo que disponía el artículo 29.2 LES, puesto que no solo reafirma la libertad de contratación aclarando que no hay prohibición de contratar a pesar del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, sino que señala que la entidad financiera no será responsable del incumplimiento de las obligaciones por parte de los clientes. Hay que entender que se refiere al incumplimiento de los clientes fruto de una concesión irresponsable de crédito y no por otras circunstancias. Este precepto es, a mi juicio, clave para entender el alcance que en el Derecho español tiene la obligación de evaluar la solvencia del deudor, que cabría interpretar que carece de efectos en la relación contractual de la entidad con el prestatario. Este se verá obligado a cumplir el contrato con todos sus bienes presentes y futuros, incluyendo tanto el pago del capital como los intereses moratorios y remuneratorios.

Se ha dicho que este artículo 18.6 OTSB ha perdido el soporte legal tras la derogación del artículo 29.2 LES y cierra la posibilidad de interpretar que *«la obligación de evaluar al cliente no tiene efectos contractuales»*⁴⁵. El hecho de que la norma contenida en el artículo 29.2 LES no se haya trasladado a la Ley 10/2014 (LOSS), a mi juicio, no priva de soporte legal al artículo 18.6 OTSB. Efectivamente, el art.5 de la LOSS dirigido a regular la protección del cliente bancario, reproduce en su mayor parte el texto del artículo 29.2 LES, habilitando al Ministerio de Economía y Competitividad para dictar normas en relación con la comercialización de préstamos o créditos⁴⁶. No aborda una regulación concreta, sino que se limita a hacer una remisión a una regulación posterior sobre determinados extremos relacionados, entre otros, con la obligación de evaluar

la solvencia. La salvaguarda a la libertad contractual se hace exclusivamente respecto a los índices o tipos de interés de referencia, pero ello no significa que el artículo 18.6 de la OTSB carezca de soporte legal.

La libertad contractual se presupone, salvo que resulte vetada por una norma especial, con rango legal, que por el momento no existe en el Derecho español. El artículo 18.6 OTSB se limita a aclarar que no hay sanciones en el ámbito contractual (algo propio cuando se trata de normativa sectorial) y prueba de ello es que, como veremos, las sanciones que se imponen al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia siguen centrándose en el terreno de la supervisión bancaria, siendo sanciones administrativas. Se trata de normas de conducta dirigidas a establecer criterios de actuación de las entidades financieras controlables por el supervisor financiero, sin consecuencias en el ámbito del Derecho privado. Se tutela el interés general encomendado a la autoridad pública y no el interés particular del cliente bancario en la relación contractual específica. Por ello, las sanciones impuestas por su incumplimiento son administrativas.

Así, el artículo 14 OTSB dispone que «lo previsto en esta orden tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en los artículos 1.5 y 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y su incumplimiento se sancionará de acuerdo con lo previsto por la propia Ley 26/1988, de 29 de julio⁴⁷. El incumplimiento de lo previsto en esta orden se sancionará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en los casos en los que la misma les resulte de aplicación. Tal regulación prevé sanciones administrativas con nulo impacto en la relación contractual con el consumidor. Queda a salvo la libertad contractual y su incumplimiento no puede en ningún caso exonerar al cliente de la obligación de restituir el capital y los intereses.

Al margen de lo dispuesto en relación con la libertad contractual, el artículo 18 OTSB desarrolla con más detalle el contenido de la obligación de evaluar la solvencia. La entidad deberá ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno aplicable a las entidades de crédito, si bien se especifica que la entidad debe tener en cuenta la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual, la variabilidad de ingresos, el historial de crédito que consta en la Central de Información de Riesgos del Banco de España y los ficheros de solvencia patrimonial⁴⁸. Destaca en este punto que la consulta del historial crediticio no es potestativa, sino obligatoria. Es más explícita en este punto la OTSB que el artículo 29 LES que se limitaba a señalar que la información *podrá incluir* la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos.

Si la denegación del préstamo obedece al resultado de la consulta de ficheros de solvencia patrimonial, la entidad debe informar de tal extremo al cliente (art. 18. 5 OTSB).

Así mismo, la entidad debe valorar el escenario de que cliente se jubile durante la duración de la vida del préstamo, debiéndose tener en cuenta el nivel de ingresos a percibir tras la jubilación, así como respecto de todo cliente, la afectación de la variación de los tipos de interés sobre la capacidad de pago del cliente.

En relación con los préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración de las garantías tiene que ser prudente mediante procedimientos que eviten conflictos de interés. Este extremo se refiere a la vinculación entre la entidad concedente del crédito y la empresa responsable de hacer la tasación⁴⁹. No menos importante es la previsión contemplada en el artículo 18.3 OTSB en relación con la necesidad de que, a los efectos de la concesión de un préstamo con garantía real, la evaluación de la solvencia se centre en la capacidad de reembolso del cliente y no en el valor esperado de la garantía.

El artículo 18 OTSB es a su vez desarrollado por la norma duodécima de 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 crédito⁵⁰, que reitera en su último párrafo la regla de la libertad de contratación: «lo indicado en el párrafo anterior deberá entenderse sin menoscabo de la libertad de contratación a que se refiere el apartado 6 del artículo 18 de la Orden, de la plena validez y eficacia de los contratos, y de la plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que contractualmente hubieran asumido».

El capítulo III contiene normas específicas de transparencia en relación con los contratos de préstamo hipotecario, sin que se aborde una regulación específica de la obligación de evaluación de la solvencia en este terreno, al margen de lo señalado en el artículo 18 OTSB.

En el ámbito estricto de los contratos con consumidores⁵¹, la obligación de evaluar la solvencia aparece regulada en la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC) que transpone la Directiva 2008/48 CEE de crédito al consumo (en adelante, DCC). En virtud de lo dispuesto en el artículo 33 OTSB en el ámbito de los contratos de crédito al consumo amparados por la LCC, la OTSB se aplicará subsidiariamente en relación con los aspectos no regulados por la norma especial.

El artículo 14 de la LCC⁵² aborda una regulación de la obligación de evaluar la solvencia con la misma laxitud e indefinición que la LES, indefinición que se reproducía en la DCC. El prestamista (que no necesariamente tiene que ser entidad financiera)⁵³ debe evaluar la solvencia con base en «información suficiente», obtenida por «medios adecuados», que no son otros que la información facilitada por el consumidor y los ficheros de solvencia patrimonial que ni siquiera tiene el prestamista obligación legal de consultar. Dada la aplicación de la OTSB (art. 33), entiendo que esta obligación existe, por virtud de lo dispuesto en el artículo 18.a).2 que establece la obligación de consultar el historial crediticio del cliente.

Como particularidad digna de mención está la obligación del prestamista de volver a evaluar la solvencia del consumidor cuando se modifique *significativamente* el importe total del crédito. Ninguna pauta se da sobre lo que es cambio significativo.

Sí establece la LCC un régimen sancionador para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia en el artículo 34, siendo distintas las consecuencias en función de que el prestamista sea o no entidad de crédito. El párrafo segundo del artículo 34.1 LCC dispone que «el incumplimiento de las disposiciones relativas a la información previa al contrato, según establece el artículo 10, y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor prevista en el artículo 14, *siempre que no tengan carácter ocasional o aislado*, se considerarán como infracciones graves, pudiendo ser en su caso consideradas como infracciones muy graves atendiendo a los criterios previstos en el artículo 50 del citado Texto Refundido (de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), que suponen multas impuestas por la Administración pública⁵⁴. Por su parte, el artículo 34.2 LCC dispone que «*en el caso de entidades de crédito, se considerarán normas de ordenación y disciplina las disposiciones contenidas en el capítulo I exceptuado el artículo 5, en el capítulo II, en el capítulo III exceptuado el apartado 1 del artículo 15, en el capítulo V, en el capítulo VI exceptuado el apartado 2 del artículo 33, en los artículos 16 a 20 y en el artículo 35 de la presente Ley. Su incumplimiento, siempre que no tenga carácter ocasional o aislado, será sancionado como infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*». La referencia debe entenderse a la Ley 10/2014 LOSS, cuyo artículo 98 establece la sanción de multa a las sanciones graves⁵⁵. El incumplimiento de los deberes legales de préstamo responsable no afecta a la libertad contractual preservada, como se ha señalado, en el artículo 18.6 de la OTSB. No se impide al prestamista contratar a pesar de que el test de solvencia sea negativo⁵⁶. Como se indica en la Exposición de Motivos, «*si bien la realización de esta evaluación es obligatoria siempre, su alcance queda a criterio del prestamista en función de la relación comercial entre este y su cliente*». La sanción al préstamo irresponsable en el ámbito de la LCC es la sanción administrativa⁵⁷, la cual, a mi juicio, no es ni efectiva, ni disuasoria tal y como exige el artículo 23 de la Directiva de crédito al consumo.

De hecho, el TJUE ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las sanciones por préstamo irresponsable en el ámbito del crédito al consumo en la Sentencia de 27 de marzo de 2014 (asunto C-565/12), que interpreta la legislación francesa que priva al prestamista del derecho a cobrar intereses remuneratorios⁵⁸ cuando ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia. No obstante, tal sanción no impedía al prestamista cobrar los intereses de demora (interés legal incrementado en cinco puntos) previstos en el artículo 1153 del Código Civil francés. De esta forma, los intereses que pierde el prestamista

son inferiores a los que obtiene por consecuencia de la mora del deudor. La cuestión prejudicial se plantea porque el tribunal que la insta duda acerca de la conformidad de tal regulación con la DCC, que exige que las sanciones sean disuasorias, efectivas y proporcionadas. El TJUE en la sentencia citada declara que tal sanción no es disuasoria, porque los importes que puede efectivamente percibir el prestamista como consecuencia de la aplicación de la sanción de privación de los intereses no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho si hubiera cumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario.

Pues bien, en el Derecho español, el prestamista tiene derecho a cobrar, en caso de incumplimiento por el deudor, todo el capital y todos los intereses. El Juez no puede valorar el cumplimiento o no de los deberes de préstamo responsable. La vía que le queda al consumidor es el procedimiento para que se imponga la sanción administrativa. El interés en instarlo es mínimo dado el nulo impacto que tiene en sus obligaciones contractuales, aparte de las dificultades de prueba del incumplimiento de la entidad. Por ello, en la mayoría de los casos el resultado será la impunidad tal y como hemos podido comprobar en la actual crisis financiera. Por ello creo que la sanción administrativa no es disuasoria⁵⁹.

En definitiva, la regulación vigente de la obligación de evaluar la solvencia en el Derecho español, puede calificarse de dispersa en normas de distinto rango, farragosa, descoordinada, y compleja, algo que dificulta su aplicación práctica. Como acertadamente se ha dicho, la experiencia enseña que la legislación complicada y excesivamente farragosa en cuanto a obligaciones formales que impone, acaba no aplicándose o aplicándose mal, con lo que pierde su virtualidad, y además, normalmente, exige mayores gastos, que acaba pagándolos siempre el consumidor⁶⁰.

Aunque se trate de una regulación que afecta a las relaciones con el cliente bancario, siguen manteniendo el mismo régimen que la normativa puramente supervisora, es decir, tienden más a proteger la solvencia de la propia entidad que a tutelar los intereses de los consumidores. El consumidor no puede alegar la evaluación incorrecta de su solvencia en su relación contractual con el prestamista, no pudiendo exigir compensación alguna o alegar vicio en la celebración del contrato⁶¹.

2. LA DIRECTIVA 2014/17, DE 4 DE FEBRERO

La Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014⁶² (en adelante DCH), al igual que ya hiciera la DCC, aborda una regulación específica de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia con el objeto de proteger a los consumidores⁶³. Se define como la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito (art. 4.

17 DCH). La normativa en materia de evaluación de la solvencia en la DCH es más desarrollada y distinta de la contenida en la DCC⁶⁴. Las diferencias entre ambas regulaciones son sorprendentes y, a mi juicio, carentes de justificación en algunos aspectos. El planteamiento de la obligación de evaluar la solvencia debería ser el mismo en el terreno de los principios, por más que en el ámbito hipotecario cuente con especificaciones propias de sus particularidades⁶⁵.

La interpretación de la DCH requiere valorar con carácter previo cuál es su finalidad. Se trata de «facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable» (considerando 5). El objetivo es, pues, conseguir «un nivel elevado de protección de los consumidores» (considerando 6). No se trata, a mi juicio, como en las normas de conducta y transparencia bancaria con objeto de proteger solo un interés general, sino que la DCH da un paso más y es la necesidad de tutelar el interés particular de los consumidores. Por ello no creo, como se ha dicho, que la DCH contenga solo normas de conducta o deberes de actuación que los Estados miembro deban imponer a los prestamistas e intermediarios financieros constituyendo Derecho público económico⁶⁶. La protección del consumidor, objetivo último de la DCH, implica, a mi juicio, que sus consecuencias exceden del ámbito las normas prudenciales y debe implicar también medidas en el orden contractual, pues poca protección al consumidor se brinda cuando el incumplimiento de las obligaciones que la norma impone a los prestamistas solo es objeto de sanciones administrativas, con nulo impacto en la esfera contractual del consumidor. Es más, entiendo que se vulneraría la DCH cuando un Estado dicta normas de protección del consumidor frente a cuyo incumplimiento solo caben sanciones administrativas⁶⁷. La DCH contiene normas de conducta (art 7 DCH), *pero no solo normas de conducta*. Se traslada el concepto de préstamo responsable, al igual que ya hiciera la DCC, desde el Derecho de supervisión a las normas de protección de consumidores⁶⁸. Este cambio de perspectiva no sería real si las sanciones por incumplimiento de tales deberes son los mismos que si se trata de normas de supervisión.

De hecho, en el Considerando 83 se dispone que *«los Estados miembro 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»*. La obligación de evaluar la solvencia se pone como ejemplo, y entiendo que la referencia solo a los prestatarios también. La actuación de los prestamistas también puede ser censurada desde el ámbito contractual. Entender lo contrario, supone que no hemos avanzado nada respecto

de la regulación anterior a la crisis financiera en la que también eran normas prudenciales las que regulaban la concesión de préstamos, controladas por un supervisor bancario que no actuó. Las normas deben ser interpretadas de acuerdo con su finalidad que no es otra, en el ámbito de la DCH que la protección de los consumidores. Las normas prudenciales, como he dicho, protegen la solvencia de la entidad y, mediatemente, a los consumidores al fomentar la estabilidad del sistema financiero, pero no van dirigidas directamente a tutelar los intereses de estos⁶⁹. Es, por ello, clara la vinculación económica de la estabilidad y solvencia del sistema financiero como interés público con una exigencia protectora del interés privado. Pero, a mi juicio, si lo que se quiere proteger directamente es el interés de los consumidores, no bastan normas prudenciales, de transparencia bancaria controlables por un supervisor. De hecho, como es sabido, las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, no son siquiera vinculantes para las entidades⁷⁰.

Pues bien, la clave es el mecanismo sancionador y este es dejado en manos de los Estados miembro que deben establecer por el incumplimiento de las disposiciones nacionales que transpongan la DCH. Lo que, a mi juicio, es claro es que la DCH no prejuzga si ese mecanismo sancionador debe ser a través de normativa prudencial o de derecho privado⁷¹. Basta que las medidas sean *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (art. 38 DCH). Entiendo, que las sanciones administrativas establecidas de la mano de legislación prudencial no son ni efectivas, ni proporcionadas, ni disuasorias. Y ello por su falta de eficacia práctica, tal y como se ha evidenciado en esta crisis financiera. El supervisor puede no actuar, y tampoco el consumidor tiene estímulo a poner en marcha el mecanismo sancionador, en tanto que no tiene repercusión en el contrato que media con la entidad financiera. Si la irresponsabilidad en la concesión del préstamo no tiene repercusión ni en el procedimiento de ejecución singular, ni colectivo (concurso de acreedores), el deudor no tiene ningún incentivo a poner en marcha tal mecanismo sancionador, sobre todo, en casos en los que se encuentra en situación de insolvencia.

El último inciso del Considerando 21 podría hacer pensar que la transposición de la DCH solo puede y debe hacerse desde la normativa prudencial y de transparencia. Así, se señala que *«la presente Directiva 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 esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en la presente Directiva»*. Desde el momento en el que la DCH no entra en el terreno sancionador, es obvio que el Derecho contractual privado no se ve directamente afectado por ella. Pero ello no significa que su transposición no pueda afectar al Derecho privado. Lo que pasa es que en este terreno no hay armonización. De hecho, veremos cómo la transposición que de la DCH se ha hecho en algunos países, se ha llevado a cabo desde el Derecho privado. La DCH es de mínimos

y nada impide que los Estados entren en el ámbito contractual. Yo voy más allá: o se entra en el ámbito contractual o no se habrá avanzado nada en este terreno. La protección del consumidor solo puede tutelarse directamente (no como mero reflejo de la tutela pública de la estabilidad del sistema financiero), desde su propio contrato celebrado con la entidad financiera.

Entrando en la regulación concreta abordada por la DCH, y en lo que se refiere a su ámbito subjetivo, se centra en el consumidor, definido en el mismo sentido que la DCC a la que se remite (art. 4.1. DCH): toda persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o empresarial. Respecto al prestamista, lo será la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (art. 4.2 DCH). También se imponen específicos deberes a los intermediarios de crédito definidos en el artículo 4.7 DCH. A ellos no me referiré por no verse afectados por la obligación de evaluar la solvencia.

Desde el punto de vista objetivo, la DCH se aplica a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizado en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un inmueble de uso residencial y los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios contruidos o por construir (art. 3DCH). El inmueble afectado no tiene por qué ser vivienda habitual. La clave es que la garantía recaiga sobre un inmueble destinado a uso residencial (apto para residir), al margen de que el préstamo se haya concertado o no para su adquisición. Por lo tanto, el préstamo solicitado por un empresario destinado a su actividad profesional se verá afectado por esta regulación si el bien dado en garantía es un bien destinado a uso residencial.

El capítulo sexto de la DCH se dedica a la evaluación de la solvencia, definida con carácter previo en el artículo 4.17 como la *«evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito»*. El artículo 18 DCH se dedica específicamente a regular dicha obligación y el artículo 19 se refiere a la tasación de inmuebles. Por último, se atiende a la información que debe tener en cuenta el prestamista para efectuar la evaluación de la solvencia (art. 20) y el acceso a las bases de datos de información crediticia, públicas o privadas. Adelanto ya que no se prevé en la DCH sanción específica para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, siendo aplicable el artículo 38 DCH que se remite a la regulación que en su caso lleven a cabo los Estados miembro, imponiendo como único límite el que estas sanciones deben ser *«efectivas, proporcionadas y disuasorias»*.

Por su parte, el artículo 7.3 DCH establece los principios que deben seguirse en la remuneración de los responsables de la evaluación de la solvencia, de

forma que esta no dependa de las solicitudes aceptadas, de forma que no se incentive la asunción de riesgos.

El obligado a evaluar la solvencia es el prestamista y no el intermediario de crédito (art. 18.1 DCH). No se especifica de manera expresa que la evaluación deba extenderse a los garantes, tan solo se refiere a los consumidores. Si los fiadores son consumidores, la evaluación considero que debe extenderse a estos por más que no se haga referencia expresa en el texto de la DCH. Pueden verse finalmente obligados al cumplimiento de la obligación principal y, por ello, la evaluación de la solvencia debe extenderse a ellos⁷², a pesar de la falta de mención expresa en la DCH.

Si algo caracteriza a la regulación europea es la indefinición y la escasa armonización que con la misma se va a lograr. Está plagada de conceptos jurídicos indeterminados y solo en aspectos muy concretos se impone la armonización (art. 2.2 DCH)⁷³. El sistema diseñado por la DCH, al igual que ya sucediera con la DCC, se produce más en el terreno de los principios que en el de medidas concretas y efectivas. Prueba del tono vago que se emplea es la norma contenida en el artículo 28.1 DCH que dispone que «*los Estados miembro adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*». La norma no puede ser más desafortunada y no sé cómo se va a traducir en un precepto legal el «nivel de tolerancia» exigible y que pasará con el prestamista «intolerante» que decida ejecutar el derecho de crédito del que legalmente es titular.

En cuanto a los factores a tener en cuenta en la evaluación, serán los «pertinentes»⁷⁴, remitiéndose a la regulación de los Estados miembro. Tampoco se especifica cómo debe realizarse la evaluación ni la información en la que debe basarse la misma⁷⁵. Ni siquiera se establece la obligación de los prestamistas de consultar bases de datos de solvencia patrimonial. Los requerimientos de la DCH son sin duda, discretos.

Una de las opciones de regulación de la obligación de evaluar la solvencia que facilita la verificación de su cumplimiento⁷⁶ es el establecimiento de ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55 se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembro la decisión de incorporarlos a su regulación. A mi juicio, debería haberse avanzado en este terreno y haber impuesto ciertos límites, pudieran ser excepcionados en determinadas circunstancias. La regulación española no pone límites en este terreno⁷⁷.

Tampoco se establece la obligación del prestamista de entregar documento escrito sobre los criterios tenidos en cuenta⁷⁸, ni la información que se ha valorado a la hora de hacer la evaluación. Este aspecto es relevante⁷⁹, porque de nada vale establecer esta obligación si luego no es fácil valorar su grado de cumplimiento por falta de prueba. Además, tal prueba documental protegería la posición de los prestamistas en cuanto a la demostración del adecuado

cumplimiento de la obligación. Como señalaré posteriormente, la regulación autonómica sí ha tenido en cuenta este extremo.

Como no podía ser de otra manera, sí se señala de manera expresa que debe tenerse en cuenta la capacidad de reembolso del deudor y que la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble (art. 18.3 DCH), norma ya contenida en el artículo 18.3 OTSB. También se deja a criterio de cada Estado miembro la decisión de los costes o la gratuidad del proceso de evaluación (art. 13.1.1 DCH).

3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

3.1. Naturaleza

La obligación de evaluar la solvencia exige valorar la capacidad del consumidor 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 medios⁸⁰: el 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. No es un resultado exigible al prestamista que efectivamente el cliente cumpla con sus obligaciones.

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 evalúa⁸¹. En este sentido, el prestamista incumple su obligación precontractual⁸² cuando, por ejemplo, no haya recabado toda la información necesaria para realizar tal evaluación (art. 20.1 DCH), no haya realizado una tasación del inmueble con arreglo a los criterios legales (art. 19 DCH) o no se hubiera tenido en cuenta la capacidad de reembolso y solo el valor del bien hipotecado (art. 18.3 DCH). El prestamista debe realizar la evaluación en la forma prevista legalmente. Si es un resultado exigible el que realice una evaluación bien hecha⁸³. Y ello al margen de que 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 crediticio español presenta deficiencias notables⁸⁴, 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 presenta 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 he hecho men-

ción anteriormente (art. 29.1 LES), entiendo que tampoco el prestamista habrá incumplido su obligación legal de conceder el préstamo de manera responsable.

El control del grado de cumplimiento de la obligación de la evaluación de la solvencia se favorece si se fijan límites a la ratio préstamo-valor o la ratio préstamo-ingresos⁸⁵. No es el caso de la regulación española que se caracteriza por la indefinición. Así, el Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio⁸⁶ que desarrolla la OTSB establece los Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables que deben ser respetados por las entidades en el diseño de los métodos y procedimientos de estudio para la concesión de préstamos. Tales principios se diseñan de forma laxa, plagada de conceptos indeterminados que complican la verificación del grado de cumplimiento de los mismos. Así, en el apartado tercero referido a la política de concesión de préstamos con garantía real dispone que la entidad debe establecer una *prudente* relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía, sin tener en cuenta, especialmente en el caso de inmuebles, potenciales revalorizaciones de la misma. La indicada relación deberá considerar adecuadamente los riesgos subyacentes que se aprecien en las garantías, derivados de aspectos tales como el tipo de propiedad, su finalidad o posible uso, su potencial depreciación o el área geográfica en que esta se ubique, y deberá ser tanto más exigente cuanto menos lo sea la fijada entre el servicio de la deuda y las fuentes de generación de ingresos. En cualquier caso, el incremento de la prudencia en la referida relación entre el importe del préstamo o crédito y el valor de la garantía no eximirá ni, en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor.

No cabe duda de que cuanto más laxo y abierto sea el procedimiento que específicamente se arbitre a nivel interno de control de riesgos para evaluar la solvencia de los prestatarios, más difícil será la comprobación de su grado de cumplimiento. Por eso, complemento indispensable para una regulación eficiente, es el establecimiento de normas objetivas con ratios de préstamo-valor y ratio préstamo ingresos⁸⁷.

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

Especialmente problemático es si se ve afectada la libertad de contratar cuando el prestamista ha evaluado la solvencia y el resultado ha sido negativo ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de la evaluación? Si esto es así, no podría la entidad financiera tener en cuenta otras variables para la concesión del préstamo hipotecario.

La DCH es más explícita y aparentemente más exigente en este terreno que la DCC, tal y como justifica en el Considerando 22 DCH⁸⁸. El artículo 18.5 DCH

dispone que los Estados miembro velarán por que «*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*»⁸⁹.

Una lectura apresurada puede hacer creer que se prohíbe la concesión del préstamo si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo⁹⁰. Yo creo que no es así y la DCH no necesariamente prohíbe la contratación⁹¹.

Cabría pensar que, si se le permite al prestamista contratar, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado⁹². Siendo esto cierto, no hay que olvidar que se está regulando el mercado de crédito que es una actividad privada, cuyo objeto es precisamente el riesgo. La solución que se adopte respecto a esta cuestión 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, y en caso de incapacidad de pago, fruto de ese sobreendeudamiento *activo*, el deudor deviene en situación de insolvencia.

Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese 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 y generar exclusión financiera⁹³. Es claro que la libertad de contratar no se ve afectada cuando el resultado del test de solvencia es positivo⁹⁴ y tampoco debe estarlo cuando el resultado es negativo.

Si la DCH no prohíbe la contratación ¿qué alcance tiene la norma contenida en el artículo 18.5 DCH? 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 negativo⁹⁵. 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 provisionar⁹⁶, al margen 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 que 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 es absurdo.

El alcance de la obligación de evaluar la solvencia fue aclarado por el Comité Económico y Social Europeo: «el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia debería ser evitar el endeudamiento excesivo. *En 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 prestamista⁹⁷».

A mi juicio, la novedad de la regulación es la responsabilidad del prestamista cuando se ha producido una evaluación mediocre de la solvencia, *siempre que el deudor se vea imposibilitado de cumplir sus obligaciones*⁹⁸, lo que presupone que el contrato se ha celebrado y es válido.

El sistema debe estar diseñado para que el prestamista responda de las consecuencias de su préstamo irresponsable, pero no para que asuma las consecuencias de toda situación de incumplimiento por parte del deudor. Así lo expresa el Considerando 56 de la DCH: «*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*».

A mi juicio, una prohibición de contratar produce un desequilibrio intolerable del sistema que puede comprometer gravemente el acceso al crédito. Sí es cierto que cuando se concede un préstamo con un test de solvencia negativo, aumenta la vulnerabilidad del deudor frente a situaciones que no puede controlar (paro, divorcios, enfermedad), pero cuando sobrevienen tales circunstancias son estas las que generan la insolvencia y no la concesión irregular del préstamo. Para prevenirlas, el prestamista puede exigir garantías adicionales (fiadores o seguro de crédito), las cuales no pueden nunca convertir en positivo el test de solvencia del consumidor (así lo establece expresamente el artículo 18 OTSB).

Como he dicho, hay que crear incentivos, pero no adoptar posturas que desnaturalicen el negocio bancario y cercenen la libertad contractual⁹⁹. A mi juicio, el artículo 18.5 DCH no prohíbe contratar¹⁰⁰, pero eso no significa que la actuación del prestamista carezca de consecuencias jurídicas.

Un criterio de interpretación teleológico aconseja que no deba entenderse prohibida la contratación en caso de test negativo de solvencia porque ello desprotege al consumidor que ya ha contratado en tales circunstancias. Se trata de aplicar en esta sede la jurisprudencia de intereses y no la jurisprudencia de conceptos. Efectivamente, si se entiende que el prestamista no puede contratar cuando el test de solvencia es negativo, hay que ser coherente con las conse-

cuencias que en ello conlleva¹⁰¹. Ello supondría que el prestamista actúa contra una prohibición legal (que, a mi juicio, no tiene naturaleza de norma prudencial y debe contenerse en norma con rango de ley)¹⁰² lo que afectaría a la validez del contrato con el consumidor debiéndose considerar nulo de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil)¹⁰³. Esta consecuencia desde luego no es beneficiosa para el consumidor¹⁰⁴ que se vería obligado a devolver la totalidad del préstamo. El artículo 18.4 DCH no debe ser interpretado en contra de la finalidad de la propia regulación que es dotar de un marco regulatorio al mercado hipotecario de forma que se logre «un elevado grado de protección de los consumidores» (Considerando 5.º) y, a su vez, «promover la sostenibilidad de la concesión y contratación de préstamos» (Considerando 6).

La sanción de la nulidad significa que bastaría que el prestamista concediera un préstamo con test de solvencia negativo para que ya el contrato fuera nulo, sin necesidad de esperar a que el consumidor desembocara en situación de insolvencia. ¿Qué consumidor se plantearía ejercitar la acción cuando los efectos de tal ejercicio le perjudican? El efecto de dicha nulidad, sería la obligación por parte del consumidor de restituir el capital prestado. Este efecto es perverso y, como he dicho, contrario a la finalidad de la norma que se supone que es la protección del consumidor.

Se alega¹⁰⁵ en defensa de la nulidad lo dispuesto en el artículo 20.4 DCH que dispone que *«los Estados miembro establecerán medidas para garantizar que los consumidores estén al corriente de la necesidad de facilitar la información correcta para responder a la solicitud contemplada en el apartado 3, párrafo primero, y que dicha información sea suficientemente completa para poder llevar a cabo una evaluación adecuada de la solvencia. El prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al consumidor que, cuando el prestamista sea incapaz de llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el crédito no podrá concederse. Dicha advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado»*.

Creo que una cosa es que el prestamista se vea imposibilitado de evaluar la solvencia por carecer de información al no facilitársela el consumidor, que poder cumplir esta obligación y que arroje un resultado negativo. En el primer caso, está justificada la denegación del crédito por cuanto el consumidor no aporta la información tal y como le exige el artículo 20.1 DCH. Si el prestamista accediera a la contratación, estaría incumpliendo la obligación de evaluar la solvencia y por ello no creo que este precepto apoye la falta de libertad de contratación cuando el test de solvencia es negativo.

Por su parte, el artículo 18.4 DCH señala que *«los Estados miembro velarán porque, cuando un prestamista celebre un contrato de crédito con un consumidor, el prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato en detrimento del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado*

correctamente. El presente apartado no se aplicará cuando se demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información en los términos del artículo 20». La ocultación de información por parte del consumidor impide la evaluación de la solvencia por el prestamista y ello puede acarrear la nulidad del contrato a instancias de este (lo cual es un efecto contractual). Sensu contrario, no puede el prestamista anular el contrato en caso de *evaluación incorrecta* de la solvencia por causas ajenas a la actuación del consumidor. Ello implica que el contrato no es nulo, a pesar de que no se hayan efectuado las comprobaciones oportunas sobre la capacidad patrimonial del deudor¹⁰⁶. Obsérvese que el precepto se refiere al hecho de la corrección de la realización de la evaluación, sin aludirse en ningún caso al resultado de la misma. Este extremo es connatural al negocio bancario, aunque no exento de consecuencias jurídicas, como veremos. En la norma se disocian los dos supuestos: imposibilidad de realización de la evaluación (art. 18.4 y 20.5 DCH), de la actuación del prestamista ante test de solvencia negativo [art. 18.5 a) DCH]. Un argumento sistemático justifica la diferencia de tratamiento jurídico en ambos supuestos.

3.3. *Consecuencias jurídicas: sanciones administrativas versus sanciones civiles*

La clave son las *consecuencias jurídicas* que se deben derivar de la insolvencia del consumidor por consecuencia de la concesión del préstamo con un test negativo de solvencia, de manera que se dé cumplimiento al mandato del artículo 18.5a).

La DCH deja en manos de los Estados miembro el establecimiento de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base DCH. Solo exige que sean *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (art. 38 DCH). A mi juicio, este es uno de los fallos graves de la Directiva que debería haber dado un paso más en la armonización teniendo en cuenta el efecto sistémico que tienen las crisis financieras. La «generosidad» de unos Estados en este ámbito puede tener efectos perniciosos en otros Estados dado el carácter sistémico que puede tener una nueva crisis financiera.

Las sanciones administrativas dejadas en manos del supervisor bancario no me parecen suficientemente disuasorias y buena prueba es lo acontecido en la crisis financiera actual. Las consecuencias deben *también* extenderse al contrato celebrado con el consumidor y la DCH no prejuzga ni limita la naturaleza de las sanciones. Sí lo hacía el artículo 24 de la Propuesta de DCH¹⁰⁷ al señalar que «los Estados miembro se asegurarán, de conformidad con su Derecho nacional, de que puedan adoptarse las medidas *administrativas* apropiadas o imponer *sanciones administrativas* a los responsables en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva (...). En el texto finalmente aprobado, esa especificación ha desaparecido, lo que significa un

argumento favorable a un mayor margen de maniobra de los Estados miembro en cuanto al tipo de sanciones que pueden establecer y su naturaleza. Esta compatibilidad entre sanciones administrativas y contractuales ha sido sugerida por el Banco Mundial¹⁰⁸.

Las opciones de régimen jurídico son variadas. En primer lugar, 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 LC debe contemplar la posibilidad de una subordinación judicial del crédito o alternatively, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). Ya he señalado en otro lugar¹⁰⁹, que el comportamiento del prestamista debe ser evaluado en el proceso concursal. Así mismo, el comportamiento del consumidor que aporta información inexacta al prestamista a los efectos de la evaluación de su solvencia, también debe ser valorado en el procedimiento concursal¹¹⁰. La legislación concursal puede establecer las medidas disuasorias que la DCH reclama, sin que ello haga necesario restringir la libertad contractual y adoptar enfoques paternalistas.

Otras consecuencias que se pueden derivar cuando se concede un préstamo con un test negativo y el deudor deviene insolvente por tal razón es la pérdida de intereses remuneratorios y moratorios. Tal efecto se opone como excepción cuando el acreedor reclama la devolución del préstamo y, por lo tanto, será evaluable por los jueces. Como se ve, la concesión del préstamo con test de solvencia negativo trasciende de la validez contractual (hay libertad para contratar), pero puede afectar a la eficacia del contrato siempre y cuando el deudor devenga insolvente. En suma, al control del supervisor bancario se suma el control judicial. Estas consecuencias son las que no han existido cuando ha emergido la crisis financiera: el acreedor no tenía límites en la ejecución del derecho de crédito. Los cambios deben ir en esta dirección si queremos que —de verdad— algo cambie. Las mismas consecuencias deben derivarse, a mi juicio, en caso de incumplimiento absoluto de la obligación de evaluación de la solvencia o en caso de evaluación incorrecta. Aunque se trate de aspectos diferentes al del cumplimiento de la obligación y la concesión del préstamo con test negativo, el resultado es el mismo: se concede un préstamo a quien no lo puede devolver. De esta forma se concilian todos los intereses en juego. Se mantiene la esencia del negocio bancario y se tutela el interés de los consumidores que padecen las consecuencias de la concesión irresponsable de crédito, es decir, los que devienen insolventes por obra de un sobreendeudamiento activo. Si no hay insolvencia, a mi juicio, no procede desencadenar el mecanismo sancionatorio. Ahí reside la esencia del negocio bancario: asumir un riesgo a cambio de una rentabilidad. Además, es poco probable que un prestatario que está cumpliendo su contrato tenga interés en ejercitar una acción por préstamo irresponsable¹¹¹. Creo que hay que ser realistas.

En suma, para la eficiencia del mecanismo sancionador es imprescindible que el préstamo irresponsable tenga impacto en el contrato con el consumidor

y existan consecuencias de Derecho privado¹¹². Solo así se pondrá en marcha el propio procedimiento, ya que el consumidor pueda obtener «ventajas» por el impacto en su contrato (vía pérdida de intereses) ¿Qué consumidor se va a preocupar de denunciar una inadecuada evaluación de la solvencia si las sanciones son meramente administrativas y él tiene que sufrir todas las consecuencias derivadas del cumplimiento contractual? Tampoco es realista diseñar el sistema recurriendo a la responsabilidad civil¹¹³ ¿Qué consumidor (sin recursos) va a demandar a la entidad financiera reclamando daños y perjuicios? Las sanciones, en mi opinión, deben ser otras. Mantener una rigidez conceptual que conduce a consecuencias ineficientes, no me parece razonable.

De hecho, el planteamiento que propongo es el adoptado en algunos Estados miembro que ya han transpuesto la DCH. Tal es el caso de Francia que ha transpuesto la DCH por Ley 2016-351 de 25 marzo de 2016 sur *les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation*, que modifica el Código de Consumo (en adelante, CConsum). En el artículo 313-16 se regula la obligación de evaluar la solvencia y no se prohíbe al prestamista contratar en caso de evaluación negativa. Eso sí, en caso de incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia, el artículo 341-28 CConsum, el prestamista podrá perder todo o parte de los intereses, según determine el Juez. En caso de que el cumplimiento haya sido sin cumplir todos y cada uno de los requerimientos que se enumeran en los artículos 313-16 a 313-19 CConsum también la sanción es la pérdida de intereses por resolución judicial, pero con un tope que se establece expresamente: el 30% de los intereses con un tope de 30.000 euros.

Además de estas sanciones civiles, se prevé, cumulativamente, la sanción de multa de 30.000 euros al prestamista que no cumpla la obligación de evaluación de la solvencia en los términos previstos legalmente¹¹⁴.

En definitiva, las consecuencias de la «impunidad» que de facto tiene el préstamo irresponsable en España las hemos vivido en la presente crisis financiera. La regulación debe cambiar, en la línea seguida por otros Estados miembro como Francia, y no debe ser interpretada de manera que todo siga igual que antes. No solo el supervisor bancario debe controlar la actuación de las entidades. En el ámbito de la protección de consumidores, los jueces deben poder valorar la conducta del acreedor cuando estos reclaman el cumplimiento a los consumidores.

4. LAS «TRANSPOSICIONES AUTONÓMICAS» DE LA DIRECTIVA 2014/17

4.1. La regulación contenida en el Código de Consumo de Cataluña

La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, (en adelante, CCoCat) con el objetivo de mejorar la situación de los consumidores en los préstamos hipotecarios para

la adquisición de vivienda habitual. Tal y como se señala en el preámbulo de la ley, se siguen las orientaciones marcadas por la Directiva 2014/17.

Se aborda una regulación específica de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia en el artículo 263-2 del CCoCat¹¹⁵. No hay mención a los ficheros de solvencia patrimonial como fuentes de información y el prestamista debe atender a la proporcionada por el consumidor. No hay remisión a normativa estatal en cuanto al procedimiento para realizar la evaluación y se especifican los extremos que deben ser valorados: ingresos presentes y futuros, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros, entre otros extremos. La evaluación será gratuita, extremo este no mencionado en la Directiva. Hay que destacar que la obligación de evaluar la solvencia se extiende también a los avalistas y, en su caso, a propietarios hipotecantes (art. 261-2-2 CCoCat).

Especialmente relevante es la mención contenida en el apartado cuarto de dicho precepto que dispone que *«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»*. Se sigue el criterio de la prohibición de contratar cuando el prestamista no actúa en consonancia con el resultado de la evaluación, manteniéndose la interpretación de la que disiento del artículo 18.5 a) de la DCH.

Como era de esperar, no se aclaran las consecuencias que en el terreno contractual tiene el incumplimiento por parte del prestamista de esa prohibición de contratar. El artículo 331-2 s) tipifica como infracción por alteración, adulteración, fraude o engaño *«incumplir las obligaciones de evaluar la solvencia de la persona consumidora en materia de créditos o préstamos establecidas por el artículo 263-2»*. Tal contravención es calificada de infracción grave [art. 332-3.1c) CCoCat] y sancionada con una multa que puede oscilar entre 10.000 y 100.000 euros [art. 333-1.b)]. Se aclara en el último párrafo de dicho precepto que *«estas cantidades pueden ultrapasarse hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los beneficios ilícitos obtenidos o de los perjuicios causados por la infracción y, en su defecto, del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción»*.

La sanción es administrativa, sin impacto en la validez del contrato. Tal y como está redactada la norma, el prestamista puede ser sancionado a pesar de que el deudor cumpla en tiempo y forma su contrato.

Con todo, dichos preceptos tienen suspendida su vigencia, fruto de la providencia de admisión a trámite del TC de 6 de octubre de 2015 del Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno (núm. 5459-2015) el 30 de septiembre de 2015. La suspensión de la vigencia del apartado cuarto del artículo 263-2 se ha confirmado en el Auto del TC de 12 de abril de 2016.

Los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado para solicitar el mantenimiento de la suspensión de dicho precepto se centran en su afectación a la *«estabilidad del sistema financiero»*. *«Esta prohibición de contratación,*

que difiere radicalmente de la libertad de contratar sancionada en la normativa estatal (art. 18.6 OTSB), puede producir perjuicios a los intereses particulares tanto de las entidades de prestamistas como de sus clientes, puesto que de aplicarse a las entidades bancarias no pueden otorgar préstamos si concurren estas circunstancias». El TC justifica el mantenimiento de la suspensión por entender que «de la aplicación de la norma impugnada derivaría una restricción directa e inmediata en el acceso al crédito susceptible de producir los perjuicios alegados».

No es la restricción del acceso al crédito de personas insolventes lo que justifica que no se imponga la obligación de contratar. Es la libertad de empresa y la naturaleza del negocio bancario la que exige que tal prohibición no exista y el pernicioso efecto de que un prestamista pueda ser sancionado incluso en caso de cumplimiento del contrato por el consumidor. Con el tenor literal del precepto catalán, este efecto es posible pues no se subordina a la existencia de insolvencia del deudor.

Con todo, la argumentación esgrimida apunta a que la futura transposición de Directiva 2014/17 en el Derecho estatal no establecerá dicha prohibición de contratar, en el sentido que defiende en el presente trabajo. Cosa distinta, será ver qué incentivos legales establecerá el legislador estatal. Las sanciones no deben ser solo administrativas, como por otra parte establece el legislador catalán.

4.2. *La Ley andaluza 3/2016 de 9 de junio*

La Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias¹¹⁶ (en adelante, LPCU) en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (sea habitual o no), aborda una regulación¹¹⁷ sobre la obligación de evaluar la solvencia en el artículo 13 que apenas aporta novedades respecto de la legislación estatal a la que se remite. La regulación es aplicable también a los garantes (art. 2.2. LPCU).

Dispone el artículo 13.1. LPCU en su apartado primero que *«sin perjuicio de lo previsto en los artículos 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y 16.1. de la Ley 2/2009, de 31 de marzo para garantizar la concesión responsable de préstamos, con carácter previo a la celebración del contrato, las empresas prestamistas han de evaluar en profundidad la solvencia de la persona consumidora y usuaria, teniendo en cuenta como elementos, entre otros, los ingresos presentes y los previsibles durante la vida del préstamo, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros, a través de la información suministrada por la persona consumidora y usuaria y de las fuentes internas o externas que resulten pertinentes, todo ello sin perjuicio de lo previsto en la normativa estatal y europea vigente»*.

Esta remisión implica que no se veta la posibilidad de conceder el préstamo en caso de test de solvencia negativo, dejándose margen a la libertad contractual a la que hace referencia el artículo 18.6 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre.

En el apartado 7 del artículo 13 LPCU se establece la obligación del prestamista y el servicio de intermediación de comunicar de forma gratuita y «por escrito» al cliente el resultado de la evaluación «advirtiéndoles motivadamente, de las razones para conceder o no el préstamo hipotecario con las condiciones analizadas, acompañando una copia del resultado del estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en su análisis (...)». Como se puede apreciar, no se incide en la libertad contractual y la obligación de entregar dicho documento merece un juicio favorable porque brinda al consumidor un potente medio de prueba documental acerca de cómo se ha evaluado la solvencia, cuál es el resultado del test y permite verificar si el prestamista ha actuado o no en consonancia con el resultado de la misma. Caso de que la evaluación sea negativa y el prestamista acceda, no obstante, a contratar, deberá justificar las razones, que deberán ser valoradas, en su caso, si se inicia un proceso sancionador contra el prestamista. Esto sí es un incentivo a que el prestamista no conceda el préstamo cuando el test de solvencia es negativo. Se documenta por escrito tanto la evaluación negativa como positiva y al margen de que se conceda o no el préstamo. Se distingue del régimen contemplado en el artículo 263-2, apartado cuarto que solo se documenta por escrito la decisión de no conceder el préstamo cuando el resultado del test de solvencia es negativo. La clave es que se aporte documentación en todo caso, cuando se conceda y cuando no se conceda el préstamo. La ley andaluza da un paso más en este terreno de lo establecido en la DCH¹¹⁸.

También, dentro del marco de los deberes de información precontractual, el prestamista debe hacer referencia a la documentación que ha de presentar el consumidor para la evaluación de la solvencia [art. 9.3.g) LPCU]. La documentación solicitada también es un medio de prueba de cómo se ha cumplido por el prestamista la obligación de evaluar la solvencia. Y es que de nada vale regular el préstamo responsable si luego no es posible probar que el préstamo se concedió de manera irresponsable.

Respecto de lo que aquí interesa, el artículo 20 LPCU dispone que la contravención de las normas previstas en esta ley se sancionará conforme a lo previsto en el título II, capítulo IV de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía. Tales sanciones son multas, especificadas en el artículo 74. No hay consecuencias en el ámbito contractual. El deudor deberá cumplir el contrato, en los mismos términos que se dispone en el artículo 18.6 OTSB.

4.3. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017

El plazo con el que contaba el legislador español para transponer la DCH expiraba el 21 de marzo de 2016. Una de las causas de este retraso es la inesta-

bilidad política que ha vivido nuestro país, con varios años con un gobierno en funciones. Ello no ha evitado España haya sido denunciada por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la UE por incumplimiento del plazo de transposición.

En fase de corrección de pruebas del presente trabajo se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario con fecha de 17 de noviembre de 2017 (en adelante, PLCI) donde se produce algún avance respecto al texto contenido en el Anteproyecto de Ley¹¹⁹.

Efectivamente, en dicho texto la disposición final undécima, remite a desarrollo reglamentario *«las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario»*. Es decir, la transposición de un aspecto tan relevante pretendía hacerse a través de disposiciones reglamentarias que en ningún caso podían contener sanciones contractuales.

Afortunadamente en el PLCI se ha rectificado tal y como sugirió el Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre el Anteproyecto¹²⁰ que puso de relieve que un aspecto clave de la DCH, como es la obligación de evaluar la solvencia, quedaba sin transponer¹²¹. A juicio de dicho órgano *«las normas de evaluación económica del prestatario, sobre la base de una adecuada correlación entre el capital prestado y la capacidad económica de este para devolverlo, de especial importancia para la concesión del crédito o préstamo y para la debida ejecución del contrato, así como para la estimación del riesgo derivado del mismo, presentan aspectos que afectan a la regulación del sector y al orden público económico, pero también al propio contenido de la propia relación contractual, y ahí, junto con la finalidad de armonización normativa, encuentra la necesidad de que las reglas sobre la evaluación se contengan en la norma legal llamada a transponer la Directiva. En el artículo 9 se establece una regulación de la obligación de evaluar la solvencia que prácticamente se limita a copiar el artículo 18 DCH, reproduciéndose la indefinición de la norma comunitaria en la norma nacional.*

1. Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo.

2. A estos efectos, los prestamistas deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el apartado anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por los propios prestamistas, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

3. En el supuesto de 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.

4. La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

Tampoco podrán los prestamistas rescindir el contrato de préstamo debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta.

5. 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.

6. Cuando se deniegue la solicitud de préstamo, el prestamista informará sin demora al potencial prestatario de dicha denegación y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.

7. Los prestamistas reevaluarán la solvencia del prestatario basándose en una información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de préstamo, a menos que dicho préstamo adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial.

A pesar de esta regulación la disposición adicional undécima del PLCI remite a desarrollo reglamentario «las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario», regla presente en el texto del Anteproyecto que no contenía una regulación de la obligación de evaluar la solvencia. Habrá que entender que se refiere ahora a aspectos puramente instrumentales porque en el PLCI, esta regulación tiene soporte legal, como no podía ser de otra manera, salvo que se pretendiera un incumplimiento flagrante de la DCH.

Como se puede comprobar, no se aclara si el prestamista está obligado o no a denegar el préstamo en caso de test de solvencia negativo. Hay que tener en cuenta que, según lo dispuesto en la Disposición transitoria cuarta, *«hasta la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que desarrollen la presente Ley, mantendrá su vigencia la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y sus normas de desarrollo, en cuanto no resulten incompatibles con aquella»*. Si tenemos en cuenta que en el artículo 18.6 de dicha Orden se establece que la evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación», y «en ningún caso afectará a la plena validez y eficacia del contrato». Entendido el precepto proyectado en la línea que he interpretado en el presente trabajo, el

prestamista puede conceder el préstamo pero deben derivarse consecuencias para el caso de insolvencia del deudor fruto de esa concesión irresponsable de crédito. En este sentido, el artículo 18.6 de la Orden 2899/2011 no debería entenderse derogado.

La clave son las consecuencias que se establecen en el PLCI para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. El artículo 44 dispone de manera expresa 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»*.

El PLCI no rectifica respecto al texto del Anteproyecto. Las sanciones serán administrativas impuestas por el supervisor. El artículo 46 establece como sanción muy grave «la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España, conforme al artículo 31.2, 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, la sanción es muy grave, si el incumplimiento es relevante. En este caso la multa es la contemplada en el artículo 97 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Si tal incumplimiento no es relevante, tendrá la consideración de infracción grave (art. 45.2 PLCI), *salvo que tal hecho tenga carácter ocasional o aislado*. En este caso tendrá la consideración de infracción leve. En definitiva, más de lo mismo. Se deja en manos del supervisor bancario el control de la obligación de evaluar la solvencia cuando ya sabemos que es modelo ha fracasado porque el supervisor puede «no controlar».

El PLCI no prevé sanciones contractuales, a diferencia de lo que acontece cuando es el consumidor el que ha ocultado o falsificado información sobre su solvencia. Esperemos que en la tramitación parlamentaria se introduzcan cambios sustanciales en este ineficiente planteamiento. El hecho de que esta obligación de evaluar la solvencia se regule por ley, permite que se puedan establecer sanciones contractuales, pero hay que establecerlas. Este texto proyectado a quien realmente beneficia es a los prestamistas y, sin duda, se nota la «mano» del Ministerio de Economía en la regulación propuesta. Esperemos que la ausencia de un partido político con mayoría absoluta permita la mejora de este proyecto, fruto del consenso que hay que lograr para su aprobación.

V. LA NECESIDAD DE UN ADECUADO SISTEMA DE INFORMACIÓN CREDITICIA PARA EL CUMPLIMIENTO Y EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

Una herramienta indispensable para diseñar un adecuado régimen jurídico del préstamo responsable es la existencia de un sistema de información crediticia en el que los prestamistas compartan información positiva (nivel de endeudamiento y grado de cumplimiento) de sus clientes a un Registro que puede ser público o privado. Para que el acreedor pueda evaluar correctamente la solvencia es necesario que tenga información financiera fiable sobre los potenciales clientes y cuanta más información se aporte (siempre que sea pertinente), más completo será el perfil del cliente. En este sentido, los ficheros positivos al informar del nivel de endeudamiento del cliente, constituyen una herramienta esencial, tal y como es comúnmente admitido¹²².

En España la información con la que cuentan las entidades financieras para evaluar el riesgo del deudor es, en su mayor parte, la ofrecida por el mismo deudor que se centra básicamente en su patrimonio, ingresos y cargas. Prevalecen los ficheros de solvencia negativos, únicos para los que no se requiere el consentimiento del deudor para que la entidad comparta la información a los *credit bureau*. Sí se trata de un fichero de información positiva el gestionado por el Banco de España (CIRBE) que ofrece una información limitada (operaciones de riesgo agregado por encima de los 9000 euros), y con un acceso a la información restringido: solo podrán obtener la información contenida en la base de datos las entidades declarantes, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda acceder de forma gratuita a toda la información que esté a su nombre en la CIRBE. Por lo tanto, cualquier prestamista que no tenga la consideración de entidad de crédito no podrá acceder a la información contenida en la CIRBE para cumplir su obligación de evaluar la solvencia.

La asimetría de información que un deficiente sistema de información crediticio genera, dificulta no solo la evaluación de la solvencia, sino también el control del cumplimiento. Un sistema eficiente de préstamo responsable debe apoyarse en un Registro con datos positivos y negativos (ya sea público o privado), de consulta obligatoria. Este paso no ha podido darlo la DCH porque los sistemas de información crediticia difieren notablemente dentro de la UE¹²³ y se ven afectados por la regulación en materia de protección de datos personales. Solo si el prestamista puede acceder a información financiera fiable de los particulares podrá conceder préstamos de manera responsable y el mecanismo sancionador que en su caso se diseñe será eficiente. El consumidor no puede monopolizar su información financiera porque existe un interés público en la estabilidad del sistema financiero que aconseja. El flujo de información financiera debe ser objeto de regulación específica, obligando a las entidades a compartir datos con los *bureaus de crédito* privados, y garantizándose de manera adecuada la privacidad de los ciudadanos.

Imponer al prestamista la obligación de evaluar la solvencia y no dotarle de información necesaria para cumplirla de manera eficiente es incoherente. Tal información debe necesariamente incluir datos positivos, porque un deudor sin datos negativos, que no haya incumplido, no necesariamente es solvente, dado que puede tener muchos pasivos asumidos, aunque todavía no haya incumplido. Solo si se les concede a los prestamistas acceso a información financiera completa y fiable de los solicitantes de crédito, con obligación legal de consulta de bases de datos de solvencia, podrá evaluarse y anudarse consecuencias jurídicas para el prestamista que incumpla los deberes legales de préstamo responsable.

La pérdida de competencia para entidades financieras y la mejora en la fiscalización del grado de cumplimiento de los deberes de préstamo responsable son dos poderosas razones que justifican que las entidades dominantes (en un mercado concentrado como el español) no deseen compartir información positiva de sus clientes. El legislador español y también el europeo debe intervenir en este tema si —de verdad— queremos prevenir futuras crisis financieras como la que actualmente nos asola. La DCH no es más que una pieza del sistema. Hay que tocar más, y el sistema de información crediticia es una herramienta indispensable¹²⁴.

El PLCI no efectúa la transposición de la DCH respecto del acceso a bases de datos, haciendo caso omiso de las sugerencias del informe que del Anteproyecto ha emitido el CGPJ. La Disposición final undécima remite a desarrollo reglamentario esta cuestión tan relevante. Mientras tanto, el artículo 10 PLCI deja en manos del consumidor la carga de aportar los datos de solvencia patrimonial. La finalidad está clara, seguir manteniendo información asimétrica en el mercado de crédito que impida, de facto, un adecuado control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Con todo, no hay que olvidar que la información que puede solicitarse al deudor debe ser pertinente, tal y como ordena el artículo 4.1. LOPD. Pero no nos extrañe que se solicite información, como son los movimientos de cuenta corriente que son mucho más sensibles desde el punto de vista de la privacidad. En fin, el sistema está claro que beneficia a las entidades financieras que huyen de compartir datos positivos para poder hacerse con datos «más completos». Con razón se dice que los datos personales son «el oro de la era digital».

VI. CONCLUSIONES

— No basta una regulación que se limite a obligar al prestamista a evaluar la solvencia. Debe diseñarse un marco regulatorio que permita además un adecuado control de su cumplimiento. Deben establecerse porcentajes máximos de ratio préstamo-valor (LTV) y ratio préstamo-ingresos (LTI).

— La forma y criterios tenidos en cuenta por el prestamista para la realización de la evaluación deben ser documentados y entregados al consumidor. Se

requiere de una prueba documental que favorezca el control del cumplimiento y proteja tanto a prestamistas como a prestatarios. La carga de la prueba del adecuado cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia debe corresponder al prestamista.

— El cumplimiento de la obligación del prestamista de la obligación de evaluación de la solvencia del consumidor no implica que deba actuar en consonancia con el resultado de tal evaluación. La libertad contractual no se ve afectada. En caso de insolvencia del deudor deben derivarse consecuencias para el caso de que se haya concedido el préstamo con un test negativo de solvencia del consumidor.

— Las consecuencias por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no deben traducirse exclusivamente en sanciones administrativas impuestas por el supervisor bancario. A ello debe añadir efectos contractuales como son la pérdida del derecho a intereses remuneratorios o moratorios, subordinación del crédito en un eventual proceso concursal o la aplicación de la exoneración del pasivo insatisfecho al acreedor que incumplió los deberes de préstamo responsable, siempre que la insolvencia del deudor no se deba a circunstancias sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo).

— El control del cumplimiento de los deberes de préstamo responsable no debe dejarse en manos exclusivamente del supervisor, sino que debe compartirse con el control judicial.

— La transposición del artículo 18 DCH debería hacerse en normas con rango de ley, desarrolladas en su caso por normas de control de riesgos y de transparencia en la concesión de préstamos. No debe agotarse la transposición en normativa prudencial, sino que debe trascender al Derecho privado. De lo contrario, no se habrán alterado las bases legales que permitieron que la actual crisis financiera tuviera lugar.

— Un eficiente régimen jurídico del préstamo responsable requiere de un sistema de información crediticia en el que los prestamistas compartan información positiva (nivel de endeudamiento y grado de cumplimiento) de sus clientes a un Registro que puede ser público o privado. Para que el acreedor pueda evaluar correctamente la solvencia es necesario que tenga información financiera fiable sobre los potenciales clientes y cuanta más información se aporte (siempre que sea pertinente), más completo será el perfil del cliente. La consulta de las bases de datos de solvencia debe ser obligatoria.

— El consumidor no puede ser el único que decida sobre la cesión de datos financieros porque existe un interés público en la estabilidad del sistema financiero que aconseja ciertas restricciones a la privacidad en este ámbito. El flujo de información financiera debe ser objeto de regulación específica, obligando a las entidades a compartir datos con los *bureaus de crédito* privados y garantizándose de manera adecuada la privacidad de los ciudadanos.

NOTAS

¹ THE ECONOMIST, *1929 and all that* (8 de octubre de 2008) <http://www.economist.com/node/12342273> (Consultado el 26 de julio de 2016).

² STACY MITCHELL (2010): *Glass-Steagall Act & Volcker Rule, Institute for the Local Self-Reliance* <https://ilsr.org/rule/glass-steagall-act-the-volcker-rule/> (consultado el 26 de julio de 2016).

³ TURNER, M. (2003) The fair credit reporting act: access, efficiency & opportunity. The economic importance of Fair Credit Reauthorization, http://www.perc.net/wp-content/uploads/2013/09/fcra_report.pdf, 5.

⁴ En este sentido, ENGEL, K. y McCOY, P. (2011), *The Subprime Virus: Reckless Credit, Regulatory Failure, and Next Steps* Oxford University Press, 2011; Suffolk University Law School Research Paper No. 11-13 <http://ssrn.com/abstract=1762869> 18. A juicio de las autoras citadas el principal factor desencadenante de las hipotecas *subprime* fue la regulación en materia de titulización.

⁵ GARCÍA MONTALVO, J. (2009) Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09, *Papeles de Economía Española*, núm. 122, 66-87. <http://84.89.132.1/~montalvo/vivienda/financiacion%20inmobiliaria%20y%20crisis%20financiera.pdf>

⁶ GARCÍA MONTALVO, J. (2009), 16.

⁷ La banca privada en España siempre ha estado concentrada en pocas entidades que han recibido un trato privilegiado por parte del poder político. Como ha puesto de relieve PÉREZ, S. Poder político y poder económico en España, 72 http://codexvirtual.com/hbancaria/wp-content/plugins/documentos/files/Banca_y_poder_politico_en_EspanaUn_analisis.pdf, un ejemplo de esta vinculación entre poder político y financiero fue el *privilegio de pignoración automática de deuda pública* (Ley de Ordenación Bancaria de 1921), instaurado a principios del siglo pasado por virtud del cual la banca suscribe las emisiones de deuda pública y a cambio podía obtener del Estado una línea de crédito del Banco de España con los títulos como garantía. El déficit público del Estado tenía una financiación segura (bastante más rentable electoralmente que subir los impuestos) y los bancos estaban contentos porque la cartera de deuda pública era un activo muy líquido que daba un rendimiento seguro. Con este «colchón» los bancos empezaron a prestar sin preocuparse mucho del riesgo porque estaba el Banco de España que iba a ser en última instancia el prestamista. Así crecieron los grandes bancos que actuaron en régimen de oligopolio. Algo que por muchos economistas se consideró como uno de los principales males de la economía española. Cuando pocas entidades tienen en su mano la financiación del Estado y de las grandes empresas, es obvio que su poder en la economía se incrementa condicionando las decisiones políticas. Pocas inversiones pueden hacerse sin el aliado de la banca. Toda ayuda tiene por supuesto su contraprestación a nivel legislativo. Las normas tendrían que seguir preservando esa falta de competencia, porque solo desde un oligopolio, el poder *político* de las entidades financieras se podía mantener.

⁸ ARGANDOÑA, Antonio (2010), *La dimensión ética de la crisis financiera*. Documento de investigación DI 872, IESE, 2. Se han creado incentivos perversos apoyados en la codicia. Ejemplos de ello son la remuneración de los *brokers* de hipotecas establecida en función del volumen de créditos concedidos no de su solvencia probable. Esto fomentaba una concesión arriesgada de ese tipo de créditos e incluso el falseamiento de la información en las solicitudes (...). La crisis fue un monumental fallo de gestión del riesgo financiero en todos los niveles, los gobiernos, reguladores, supervisores, hasta muchas instituciones financieras y sus clientes.

⁹ Esta crisis ha evidenciado que un marco legal que establezca incentivos adecuados previene de manera efectiva crisis financieras y su impacto en los consumidores evitando el endeudamiento excesivo de los particulares y el préstamo irresponsable. Se cita el caso de Singapur que pone límites al *Loan to value* (LTV) y prohibiendo determinados productos hipotecarios (*interest-only housing loans* que permiten al prestatario pagar solo los intereses

durante un determinado periodo de tiempo). Así mismo en Singapur se imponen límites para contraer una deuda sin garantía: el importe no puede superar dos veces el salario mensual del prestatario. También Hong Kong impone límites en LTV del 70% y límites en *debt servicing ratios* del 50%, tomando en cuenta el nivel de endeudamiento del potencial deudor. FINANCIAL STABILITY BOARD (2011), *Consumer finance protection with particular focus on credit*, 4 http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111026a.pdf (Consultado el 26 de julio de 2016).

¹⁰ PICCIOTO, Sol (2009), *Disembedding and regulation: the paradox of international finance* (The social embeddedness of transnational markets Conference, Bremen, 2006 http://eprints.lancs.ac.uk/23551/1/Regulation_and_International_Finance.pdf (Consultado el 26 de julio de 2016).

¹¹ FINANCIAL STABILITY BOARD (2011), 1.

¹² De ahí que en la actual crisis financiera se haya postulado una vuelta a la separación entre banca comercial y banca de inversión DENNING, Steve, Rethinking capitalism: Sandy Weill says bring back Glass Steagall, <http://www.forbes.com/sites/stevedenning/2012/07/25/rethinking-capitalism-sandy-weill-says-bring-back-glass-steagall/#759c08d37989>

¹³ ENGEL, K, y MCCOY, P. (2011), 15.

¹⁴ BANCO MUNDIAL, (2014) El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, Nota introductoria y versión traducida por José María GARRIDO en ADCo núm. 31, enero-abril 2014, 239. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>, 239.

¹⁵ BANCO MUNDIAL, (2014).

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE, 18 de diciembre de 2007 COM(2007) 807 final, 5 en donde justifica la necesidad de intervención legislativa a nivel europeo en el hecho de que: «La concesión irresponsable de préstamos y la venta abusiva de préstamos hipotecarios por prestamistas o intermediarios de crédito sin escrúpulos pueden tener consecuencias negativas para el conjunto de la economía, como ha demostrado la actual crisis de las hipotecas de alto riesgo».

¹⁷ CUENA CASAS, M. Ficheros de solvencia positivos, privacidad y mercado de crédito, en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 281-417.

¹⁸ *Id.*, Apartado III del presente trabajo.

¹⁹ No es la estructura del derecho real de hipoteca la que merece ser cuestionada. Instrumento que ha permitido el acceso al mercado de crédito de muchos ciudadanos a un coste razonable. Las críticas que ha recibido y la mediática reclamación de la dación en pago como remedio al sobreendeudamiento hipotecario están, a mi juicio, injustificadas. El acreedor refuerza su derecho de crédito y ello no debe excluir la posibilidad de ejecutar otros bienes del deudor (art. 1911 del Código Civil). Aun cuando se admite la hipoteca de responsabilidad limitada (art. 140 LH), la solución al problema no está en esa limitación, sino en que el prestamista evalúe correctamente la capacidad de reembolso del deudor. Análisis estas cuestiones en CUENA CASAS, M. (2012) Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: «intentos» de regulación y ninguna solución, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 37, 97-110.

²⁰ El Reglamento (UE) núm. 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013 encomienda al Banco Central Europeo (BCE) tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. Se crea el Mecanismo Único de Supervisión (en adelante, MUS), compuesto por el BCE y las autoridades nacionales competentes, entre las que se encuentra el Banco de España.

²¹ No en vano la palabra crédito procede del latín *creditus* (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.

²² RONA-TAS, Akos y GIUSEVA, Alya, (2013) Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe, *Journal of Comparative Economics*, 41(2), 420.

²³ GALLEGO, E. (2014) «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», en Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 208.

²⁴ BALBUENA, M. (2014) Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio, en Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi.

²⁵ Este fallo en el ámbito de la supervisión ha sido generalizado a nivel mundial. FINANCIAL STABILITY BOARD (2011), 5.

²⁶ Así lo dispone el artículo 89.1-1 de la Ley 10/2014 (LOSS): «las entidades de crédito que infrinjan normas de disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Título».

²⁷ El Comité de supervisión bancaria de Basilea ya tomó medidas en 1988 (Basilea I) estableciendo que el capital mínimo que las entidades debían tener en función de sus activos ponderados en función del riesgo debía ser del 8%. En 2004 (Basilea II) se percatan de que había que introducir criterios para la valoración de tales activos (algo que se evidenció con la crisis hipotecaria donde el valor de los inmuebles garantizados era muy inferior al valor real de mercado). Las calificaciones de riesgos basadas en modelos internos debían ser controladas por el supervisor. Todo ello se mostró insuficiente para evitar la crisis financiera: entidades apalancadas y capital deteriorado. Todo a la vista de los supervisores que no actuaron. Visto el fracaso del sistema se propone un nuevo cambio regulatorio (Basilea III) que parte del mismo planteamiento, aunque con nuevas exigencias cuyo cumplimiento se sigue dejando en manos del supervisor.

²⁸ Las medidas destinadas a robustecer la solvencia de los bancos (tras las recomendaciones del Comité de Supervisión bancaria de Basilea (Basilea III) se han implementado en la UE a través del marco jurídico que regula el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (Directiva 2013/36/UE y en el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 26 de junio de 2013). Nuestra regulación se ha adaptado a tal normativa a través de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su desarrollo llevado a cabo por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Tal adaptación se ha consumado con la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del Ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) núm. 575/2013. (BOE de 9 de febrero).

²⁹ Entre estas medidas destinadas a aumentar la calidad del capital (Common Equity) modificando la definición de capital regulatorio con objeto de que la entidad esté en mejor posición para absorber las pérdidas. Se adoptan también medidas para mejorar la captura de riesgos (particularmente para actividades de titulización de activos) habida cuenta de las «trampas» que se habían hecho en la valoración de los activos con objeto de evitar la obligación de provisionar. Se aumentan los requerimientos de capital por riesgo de crédito a las exposiciones interbancarias frente a entidades grandes. También se ha acordado que las entidades constituyan colchones de capital fuera de los períodos de estrés que puedan ser utilizados según se vayan produciendo pérdidas. Así mismo, se establece una ratio de apalancamiento que relaciona el capital con la exposición total de la entidad ajena al riesgo.

³⁰ RODRÍGUEZ DE CODES, Elena, (2010) Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital, Estabilidad financiera núm. 19. Banco de España <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0119.pdf> 18. Si en Basilea II el requerimiento de capital regulatorio era del 8%, con Basilea II el porcentaje se calcula en función de activos ponderados por riesgo. Como señala la autora citada. Con la nueva normativa se pasará, por tanto, de un requerimiento mínimo de *Common Equity* (antes de ajustes) de un 2% a un requerimiento mínimo de *Common Equity* (con ajustes) de un 4,5%. Si añadimos el colchón de capital que las entidades deben constituir, el importe del *Common Equity* será de, al menos, un 7% del valor de los activos ponderados por riesgo».

³¹ El régimen contable de las entidades de crédito españolas se regula en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. En el anejo IX de la Circular 4/2004 se desarrolla el marco general de gestión del riesgo de crédito en aquellos aspectos relacionados con la contabilidad. En particular, dicho anejo aborda, entre otros, las políticas de concesión, modificación, evaluación, seguimiento y control de las operaciones, que incluyen su clasificación contable y la estimación de las coberturas de las pérdidas por riesgo de crédito. El Anejo IX ha sido actualizado por la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España. Esta regulación cumple objetivos prudenciales, es decir, para controlar las pérdidas de carteras crediticias de los consumidores.

³² Desarrollada por Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

³³ ORDÁS ALONSO, Marta (2014), El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia, Ed. Bosch, 102. GALLEGO SÁNCHEZ (2014), 231.

³⁴ Un ejemplo de ello es el artículo 682 LEC. *Vid.*, CUENA CASAS, M, Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario, <http://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/>

³⁵ BANCO MUNDIAL, El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en *ADCo* núm. 31, enero-abril 2014, 240. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>

³⁶ No tengo en cuenta la regulación emanada de reforma de la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización que introdujo este mecanismo en el art 178.2 LC, pero careció de impacto práctico relevante, dado el carácter restrictivo de su regulación. Cfr. CUENA CASAS, M, (2014) Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3, 123-159.

³⁷ 1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

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

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

³⁸ *Vid.*, Apartado III del presente trabajo en relación con las restricciones que introduce la Ley de Protección de Datos personales (LOPD) en el flujo de información positiva de solvencia y su incidencia en el establecimiento de un régimen jurídico adecuado del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

³⁹ Anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, modificada por la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España.

⁴⁰ Último párrafo del artículo 29 LES: «Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses,

necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago».

⁴¹ Artículo 214 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁴² Letra f) de la disposición derogatoria de la Ley 10/2014 (LOSS). Sin embargo, en el texto consolidado de la LES publicado en el BOE curiosamente aparece como vigente el último párrafo del artículo 29.2: «*lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela*». Ello se ha justificado como un error del BOE ZUNZUNEGUI, F. (2014) Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 148. También en *Revista del Derecho del Mercado Financiero*, 2015 http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2013/12/zunzunegui-wp-2_2015-evaluacion-de-la-solvencia-en-la-concesion-de-creditos-hipotecarios.pdf, 12.

⁴³ Artículo 18.1. «*La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.*

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

⁴⁴ El cliente debe ser persona física (art. 2, OTSB).

⁴⁵ ZUNZUNEGUI, F. (2014), 148. 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 responsable*, Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2017, 787.

⁴⁶ Se trata de 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.

⁴⁷ La remisión debe entenderse realizada a los artículos 98 y ss de la Ley 10/2014 LOSS, es decir, multas impuestas por el supervisor.

⁴⁸ Anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, modificada por la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España.

⁴⁹ *Vid.*, Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares

7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014. Se establecen medidas para fomentar la independencia de las actividades de tasación.

⁵⁰ «(...) Las entidades, cuando ofrezcan y concedan préstamos o créditos a la clientela y, en su caso, presten servicios accesorios a los mismos, deberán actuar honesta, imparcial y profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo».

⁵¹ Persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (art. 2.1 LCC).

⁵² Artículo 14. LCC: 1. *El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.*

En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica.

2. Si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

⁵³ Artículo 2.2. LCC: El prestamista es la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

⁵⁴ Artículo 51 TRLDU: 1. *Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios previstas en esta norma serán sancionadas por las Administraciones públicas competentes con multas de acuerdo con la siguiente graduación: a) Infracciones leves, hasta 3.005,06 euros. b) Infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción. c) Infracciones muy graves, entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.*

⁵⁵ Artículo 98 LOSS. Sanciones por la comisión de infracciones graves:

1. Por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad de crédito una multa que podrá ser, a juicio del órgano competente para resolver:

a) De entre el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o

b) De entre el 3% y el 5% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 2.000.000 y 5.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra.

Cuando la entidad infractora fuese una filial de una empresa matriz, se tendrán en consideración, a efectos de determinar el importe de la multa, los recursos propios de la empresa matriz en el ejercicio anterior.

2. Adicionalmente a las sanciones previstas en el apartado anterior, podrán imponerse las siguientes medidas accesorias:

a) Requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla.

b) Amonestación pública con publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción, y las sanciones o medidas accesorias impuestas; o amonestación privada.

⁵⁶ A pesar de la falta de referencia expresa, entiende ALVAREZ LATA, N. (2014) Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 611, «que hay incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, bien cuando esta no se haga sobre la base de “información suficiente” bien cuando la entidad financiera conceda, a pesar de un resultado negativo del informe de solvencia, sin más un crédito al consumidor». Si el prestamista no puede contratar ante un test negativo de solvencia, tal y como sostiene la autora citada, no parece que la consecuencia en el orden civil pueda reconducirse fuera del terreno de la validez del contrato. Sin embargo, las consecuencias que, a su juicio, se derivan del incumplimiento de tal obligación son la resolución por incumplimiento ejercitable por el consumidor y, en su caso la responsabilidad contractual. A mi juicio, tal resultado es contrario a la finalidad de la norma que es proteger al consumidor ¿Acaso un deudor insolvente va a iniciar acciones legales para resolver el contrato que él mismo no puede cumplir? ¿Cómo sabe el consumidor que su test de solvencia era negativo? ¿Tendrá el consumidor recursos para demandar al prestamista daños y perjuicios? El consumidor solo reaccionará si las consecuencias se expanden al contrato celebrado con el prestamista en forma, por ejemplo, de pérdida de intereses remuneratorios, tal y como se hace en ordenamientos más avanzados.

⁵⁷ En otros ordenamientos como Bélgica, la sanción por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene impacto en el contrato con el consumidor. La Ley de 19 de mayo de 2014 introdujo en el *Code de Droit Economique* (Libro VII, Título I, art. VII.69 y sigs.). Según lo dispuesto en el artículo VII. 195, al margen de otras sanciones, el juez puede anular el contrato o reducir el montante de crédito hasta el máximo del importe solicitado, es decir, la pérdida de los intereses. Así mismo, se le da la ventaja al consumidor para que decida un calendario de pagos del capital. El retraso normativo en España es llamativo en este punto.

⁵⁸ Artículo 311-48 *Code de la Consommation*: «Cuando el prestamista no haya respetado las obligaciones establecidas en los artículos L. 311-8 y L. 311-9, se verá privado del derecho a los intereses, en su totalidad o en la proporción que el juez determine. [...]».

El prestatario solo estará obligado a reembolsar el principal conforme al calendario de vencimiento previsto y, en su caso, a pagar los intereses de los que no se haya privado al prestamista. Las cantidades percibidas en concepto de intereses, que producen interés al tipo de interés legal desde el día de su abono, serán devueltas por el prestamista o se imputarán al capital restante adeudado». Este precepto ha sido modificado por Ley 2016-231 de 14 de marzo de 2016. El prestamista perderá el derecho a los intereses en su totalidad o en la cantidad fijada por el juez.

⁵⁹ En contra, ALFARO AGUILA-REAL, J. La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo, <http://derechomercantiles.espana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> A su juicio, el banco tiene incentivos para comprobar la solvencia de los consumidores a los que presta dinero, de manera que la norma de la Directiva es un poco absurda ya que no es necesario «disuadir a los bancos de la conducta consistente en no comprobar la solvencia de los deudores». De ahí que la solución española —imponer una sanción administrativa— parece más ajustada. Yo creo que sí hace falta establecer incentivos para que el banco evalúe la solvencia. La actual crisis financiera es buena prueba de ello.

⁶⁰ DÍAZ RUIZ, Emilio (2011), Crédito bancario responsable, 226, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357>

⁶¹ En este sentido, DÍAZ RUIZ, Emilio (2011), 228.

⁶² Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. <https://www.boe.es/doue/2014/060/L00034-00085.pdf>

⁶³ MAK, V. (2015) «What is responsible lending= The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *Journal Consum Policy*, núm. 38, 411.

⁶⁴ Así, por ejemplo, destaca la falta de referencia en la DCC a lo que acontece cuando el test de solvencia es negativo. Aspecto sobre el que sí se pronuncia la DCH [art. 18.5 a)].

⁶⁵ En este sentido, RAMSAY, I. (2016) Changing policy paradigms o EU consumer credit and debt regulation, en: LECZYKIEWCZ, D. y WEATHERILL, S. (ed) *The Image of the Consumer in EU Law*. Hart, Bloomsbury., 171, quien se muestra crítico con las diferencias de regulación de la obligación de evaluar la solvencia en la DCC y en la DCH, y, particularmente con la mayor exigencia en materia de crédito hipotecario en relación con los deberes de préstamo responsable. A su juicio, consumidores con bajos ingresos usan más el crédito al consumo sin garantía y con altos tipos de interés. Los problemas de préstamo irresponsable son particularmente graves y están asociados altos tipos de interés en los préstamos rápidos (*payday loans*).

⁶⁶ En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, Antonio (2014) La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario. En Alcalá Díaz, Mari Ángeles (Dir.), *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, Madrid, Dykinson, 51. A su juicio, la DCH se orienta fundamentalmente a establecer criterios y reglas a partir de las cuales los Estados miembro han de disciplinar la actuación de los sujetos intervinientes en el mercado hipotecario, sin incluir por tanto normas estrictamente de Derecho privado dirigidas a regular la relación jurídica que se establece entre los particulares que concluyen el contrato de préstamo». En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. (2015) Una invitación a los Estados miembro de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos de adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014). *Revista de Derecho*, 3 Civil. vol. 2, núm. 2, 19. <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/126/105>, 3 «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». La DCH no establece las sanciones por incumplimiento, pero ello no significa que no puedan los Estados establecer sanciones contractuales. Como señalaré posteriormente, los Estados *deben* establecer consecuencias contractuales porque de lo contrario no serán disuasorias las sanciones.

⁶⁷ MARÍN LÓPEZ, Manuel (2014) Comentario a la Disposición final primera, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 1298.

⁶⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014) La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, en Prats Albentosa, L. y Cuenca Casas, M. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 208.

⁶⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K. (2015), 8.

⁷⁰ Se denuncia el déficit de protección del consumidor brindada por el Banco de España en el INFORME DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO, (2013) Crisis económica y deudores hipotecarios, 9, en el que recomienda «insistir en que debería re forzarse su independencia con mayores competencias para que pueda hacer cumplir la normativa a las entidades financieras, con el fin de que un mercado asimétrico se vuelva más justo».

⁷¹ ALBIEZ DOHRMANN, K. (2015), 19.

⁷² En este sentido, DÍAZ-ALABART (2014), 233.

⁷³ «(...) Los Estados miembro no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el artículo 14, apartado 2, y el anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), y el artículo 17, apartados 1 a 5, 7 y 8, y el anexo I, por lo que respecta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)».

⁷⁴ Algunos aspectos son especificados en el Considerando 55: «Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta

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

⁷⁵ A los problemas que plantea nuestro sistema de información crediticia y su incidencia en el régimen del préstamo responsable me referiré en el apartado III del presente trabajo. Vid, respecto de la DCC, la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13)., en relación con la información que debe tener en cuenta el prestamista, bastando solo la información aportada por el consumidor sin que tenga que ser comprobada su veracidad.

⁷⁶ Así se establece en el informe del Banco Mundial (2013) Responsible lending. Overview regulatory tools, 44. http://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/8816096-1361888425203/9062080-1364927957721/9115725-1384205223659/Responsible_Lending_Paper.pdf

⁷⁷ Estos límites no se fijan ni en la Circular 5/2012 ni en la Circular 4/2016 que establecen los principios que han de tenerse en cuenta para evaluar la solvencia. La indefinición es llamativa. En el Anejo VI de la Circular 5/2012 en el apartado tercero se señala que la relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía debe ser «prudente». En lo referente a la ratio préstamo-ingresos, en el apartado segundo se señala que «en ningún caso la renta disponible resultante tras atender el servicio de sus deudas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario». La indefinición es total y el margen de maniobra que tiene la entidad es sumamente generoso. Cuanto más laxos sean los criterios, más difícil es la supervisión y el control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

Sí se ponen límites en otros países como Reino Unido (45% de los ingresos). Para una visión comparada, *vid.*, 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*, 744.

⁷⁸ Este aspecto está específicamente regulado en Bélgica. Así la Ley de 19 de mayo de 2014 introdujo en el *Code de Droit Economique* (Libro VII, Título I, artículo VII.69 y siguientes) una regulación en materia de préstamo responsable con objeto de transponer la directiva comunitaria 2008/48 de Crédito al Consumo. El prestamista no solo tiene que verificar los ingresos del deudor y los préstamos ya asumidos, sino que tiene que realizar un análisis presupuestario con objeto de valorar la cantidad de ingresos disponibles del deudor para el abono del préstamo. La información solicitada y los datos aportados deben constar por escrito en un formulario (art. VII.69), de forma que se preconstituya la prueba de una correcta evaluación de la solvencia. Y es que, como señala JÉRUSALMY, O. (2014) *Pratiques de crédit responsables: des progrès notables dès 2015*, https://www.financite.be/sites/default/files/references/files/oj_pratiques_de_credits_responsables_des_progres_notables_des_2015_0.pdf, 4, «cuando la ley impone una obligación de comportamiento, puede ser compleja la evaluación de su cumplimiento por el juez y la imposición de sanciones. De esta forma, constando en un documento el presupuesto del deudor y además la información que consta en el Registro Público, puede el juez valorar con base en datos objetivos el grado de cumplimiento de su deber de evaluar la solvencia».

⁷⁹ El TJUE en Sentencia de 18 de diciembre de 2014 (asunto C.449/13) en relación con la DCC, señala que la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia corresponde al prestamista: «el principio de efectividad quedaría afectado si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones del prestamista incumbiera al consumidor. En efecto, este no dispone de medios que le permitan demostrar que el prestamista no le haya facilitado la información prescrita su solvencia. En cambio, el principio de efectividad se garantiza cuando el prestamista está obligado a acreditar ante el juez el buen

cumplimiento de sus obligaciones precontractuales: un prestamista diligente debe ser consciente de la necesidad de reunir y conservar pruebas del cumplimiento de sus obligaciones de información y de explicación».

⁸⁰ Así lo entienden en relación con la LCC, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2011) Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2011/6-2011-8.pdf>, 8. 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.

⁸¹ Coincido en este punto con ALVAREZ LATA (2013), 609.

⁸² No se desnaturaliza su condición de obligación precontractual por el hecho de que, tal y como dispone el artículo 18.6 DCH, sea exigible una reevaluación de la solvencia con base en información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de crédito, a menos que dicho crédito adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial. El aumento del importe del crédito puede entenderse como nuevo contrato o novación del anterior y la evaluación debe hacerse con carácter *previo* a la misma.

⁸³ 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)*, 230.

⁸⁴ *Vid.*, Apartado III del presente trabajo.

⁸⁵ Tales límites existen en el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario para la titulación de los préstamos hipotecarios.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Buen ejemplo de ello, en el ámbito del crédito al consumo es el artículo 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001 se establece que el prestamista debe medir la capacidad del consumidor para contratar un crédito y se establece un umbral de endeudamiento que el prestamista no puede vulnerar: solo debe tener en cuenta el salario del consumidor y no su patrimonio. De sus rentas de trabajo hay que deducir el salario inembargable, la renta que pague por el arrendamiento de su vivienda, la carga tributaria correspondiente a sus ingresos y el pasivo que ya tenga asumido. Realizados los cálculos con base en esos criterios, podrá concederse crédito de manera que la mensualidad que tenga que abonar no supere la diferencia entre la renta mensual y sus gastos. La capacidad para contratar se valora sobre la base de un plazo de amortización del crédito de 36 meses. Cuando la entidad incumple esta obligación de evaluar la solvencia con base en tales criterios, pierde el importe del crédito que ha hecho, incluyendo intereses y comisiones. El consumidor puede solicitar la devolución de todas las cantidades ya pagadas en virtud de las reglas del enriquecimiento sin causa.

⁸⁸ Se justifica el trato diferenciado en el Considerando 22 «por la necesidad de tomar en consideración las enseñanzas extraídas de la crisis financiera, a fin de garantizar que la emisión de créditos se realice de manera adecuada. A este respecto, 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».

⁸⁹ En el artículo 14.2 de la Propuesta de DCH 31 de marzo de 2011 COM (2011) 142 final, 2011/0062(COD) disponía que los Estados velarán porque: a) *Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito*. El cambio a la redacción vigente se produce por la enmienda núm. 79 introducida en el Parlamento Europeo (Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7->

2012-0202+0+DOC+XML+V0//ES#title2 Como se puede apreciar, el texto definitivamente aprobado es menos contundente que el que figuraba en el Anteproyecto.

⁹⁰ Así lo entiende DÍAZ ALABART (2014), 256.

⁹¹ Así lo entiende también LUQUIN BERGARECHE, Raquel, (2015) *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Thomson Aranzadi, 300.

⁹² DÍAZ-ALABART, S. (2015), 256.

⁹³ GALLEGU SÁNCHEZ, E (2014), 222.

⁹⁴ 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».

⁹⁵ En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ OLALLA, P. La obligación de evaluar la solvencia..., *cit.*, 794.

⁹⁶ En esta línea, es revelador el Considerando 57 DCH: *«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 miembro 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 (...)»*. Como se puede apreciar del texto transcrito, se exige a los Estados que tomen medidas en el ámbito de la supervisión para evitar que el prestamista conceda el préstamo ante un test de solvencia negativo.

⁹⁷ 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), 3.

⁹⁸ En este sentido, GALLEGU SÁNCHEZ, E. (2014) La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, en Cuenca Casas, M. y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 208.

⁹⁹ La interpretación que propongo es similar al criterio acogido en el artículo 214.4 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre del Mercado de valores en relación con el test de idoneidad en relación con los productos de inversión. Tampoco en este caso se prohíbe la contratación. Dicho precepto establece que «cuando el cliente no proporcione la información indicada en el apartado 1 o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él». *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo 716/2014, de 15 de diciembre en relación con el artículo 79 bis de la ya derogada Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en donde se señala que el incumplimiento del deber de realizar el test de idoneidad y de conveniencia en los productos financieros no conlleva la nulidad de la adquisición de un producto financiero. La ley no establece tal sanción y «con la contravención de tales deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites de la autonomía de la voluntad».

Dispone el apartado 5 que «en caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo».

¹⁰⁰ El apartado 8 del Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio que regula los Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables, establece que la entidad deberá establecer «unas reglas que definan las circunstancias y situaciones en las que la entidad permitiría, en su caso, excepcionalmente, operaciones de préstamo o crédito en condiciones fuera de los límites y condiciones generales aprobados». La posibilidad de contratar cuando no se cumplen los requisitos, está admitida expresamente.

¹⁰¹ Para DÍAZ-ALABART (2014), 255, hay prohibición de contratar, si bien no aclara los efectos de esta toma de postura. Por el contrario, postula (237) que la consecuencia derivada del incumplimiento o cumplimiento incorrecto de la obligación de evaluar la solvencia sea la pérdida de intereses, solución que comparto.

¹⁰² Si se considera que la DCH solo contiene normas prudenciales o de conducta, ni siquiera la prohibición de contratar provocaría la nulidad del contrato. En este sentido, GALLEGO (2014), 232, entiende que el incumplimiento absoluto del deber de evaluar la solvencia no da lugar a la nulidad del contrato. La vulneración de normas administrativas no da lugar a nulidad de contrato. A mi juicio, como he señalado, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia en la DCH no es norma de conducta. Debe ser transpuesta en norma con rango de ley. Si se establece legalmente la prohibición de contratar, la sanción sería la del contrato. De hecho, el artículo 18.4 DCH prevé un cierto impacto contractual al referirse a la imposibilidad de la entidad de «anular» el contrato. Por ello estimo que en una futura transposición de la DCH no debe establecerse la prohibición legal de contratar.

¹⁰³ Así lo entiende ZUNZUNEGUI (2014), 20, quien no aclara los efectos de esa nulidad ni quién puede hacerla efectiva. Para DE LA PEÑA, Luis, y LÓPEZ FRÍAS, Juan (2013), Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento, *RDBB* núm. 130, 18, refiriéndose a la normativa de crédito al consumo, entienden que la concesión de un préstamo con test negativo de solvencia provoca la anulabilidad del contrato por error (o incluso dolo) «para resolver el contrato con base en el artículo 1265 CC». También defiende la prohibición de contratar ANDERSON, M. La Directiva 2014/17, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español, en Arroyo Amayuelas, E. y Serrano de Nicolás, A. (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2016, 56.

¹⁰⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014), 235.

¹⁰⁵ ZUNZUNEGUI (2014), 20.

¹⁰⁶ Así lo entiende FALCONE, G. Prestito responsabile e valutazione del merito crediticio, *Girispudenza Commerciale*, Anno XLIV Fasc. 1-2017, 164.

¹⁰⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial Bruselas, 31.3.2011 COM(2011) 142 final 2011/0062 (COD) C7-0085/1.

¹⁰⁸ Banco Mundial (2013), núm. 103, 43: «No seguir los límites LTV / DTI o llevar a cabo la evaluación adecuada debe tener un impacto en el prestamista y el prestatario. El prestamista puede estar sujeto a una acción de supervisión (incluyendo una sanción, especialmente por infracciones repetidas o de gran escala), mientras que el prestatario podría beneficiarse de la aplicación de una tasa de interés más baja o prohibición de sanciones si entra en mora. Los prestamistas también podrían ser considerados responsables de los incumplimientos de los clientes sobreendeudados».

¹⁰⁹ CUENA CASAS, M. (2015) La exoneración del pasivo insatisfecho, en Prats Albentosa, L. (ed.), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 92. En el borrador de propuesta de Ley presentada por el Ministerio de Justicia sobre una regulación del régimen de segunda oportunidad para las personas naturales en la que tuve ocasión de participar, el artículo 178bis.5 disponía que «Excepcionalmente, respecto de las deudas con garantía real, el Juez valorará el conocimiento que el acreedor tenía de la situación de endeudamiento del deudor en el momento de la celebración del contrato, pudiendo ordenar la exoneración en caso de comportamiento irresponsable del acreedor. En el caso de entidades y establecimiento financieros de crédito, se valorará el grado de cumplimiento de los deberes legales de préstamo responsable».

¹¹⁰ En el borrador de propuesta de Ley presentada por el Ministerio de Justicia sobre una regulación del régimen de segunda oportunidad para las personas naturales, se sugirió el siguiente texto en el marco del artículo 178 bis LC. La exoneración podía ser denegada «si el sobreendeudamiento del deudor se ha producido como consecuencia de un recurso desproporcionado al crédito respecto de su capacidad patrimonial o por una gestión patri-

monial negligente o maliciosa, para lo cual el juez deberá valorar, entre otras, las siguientes circunstancias:

A. La información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial.

B. El carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los 8 años anteriores a la declaración de concurso.

C. El nivel social-profesional del deudor

D Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.

E. Si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables»

¹¹¹ En contra, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, 787, considera que las sanciones administrativas deben imponerse tanto si el prestatario está cumpliendo como si no.

¹¹² En este sentido, ARROYO AMAYUELAS, E., La Directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, *InDret* 2/2017, 27.

¹¹³ Así lo defiende ÁLVAREZ LATA, N. (2014), 615, para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia en los contratos de crédito al consumo. MÚRTULA LA-FUENTE, V. (2014) Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo, en PARRA LUCÁN, M A., *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Aranzadi, 80. También ARROYO AMAYUELAS, E., «La Directiva..., *cit.*, 28 considera adecuada la responsabilidad civil como mecanismo disuasorio del préstamo irresponsable considerando que el daño es el propio contrato. A su juicio «se trata de evitar el crédito predatorio y no de favorecer una litigación estratégica y oportunista del deudor». Entiendo que tal postura lo que elimina es la posibilidad de litigar, ya que, como he dicho, los costes que ello implicaría para un consumidor insolvente ya son suficientemente disuasorios. Esta opción me parece teórica y poco realista para solucionar el problema. Desde luego, las entidades financieras no tendrán ningún temor a estas reclamaciones. Solución claramente *pro creditoris*.

¹¹⁴ También en Alemania la obligación de evaluar la solvencia ha sido tratada desde la doble perspectiva prudencial y civil. Regulada la obligación de evaluar la solvencia en la Banking Act (*Kreditwesengesetz* - KWG), se contiene otra en el parágrafo 509 del BGB. Su incumplimiento puede suponer la pérdida de intereses e incluso del capital. Vid doctrina citada por FERRETTI Federico, SALOMONE, Ricardo, SUTSCHET, Holger, y TSIAFOUTIS, Victorias, (2016) The regulatory framework of consumer over-indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: comparative profiles of responsible credit and personal insolvency law, Parte I, *Business Law Review*, Issue 2, 68.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Se incluyen a las personas jurídicas en el concepto de consumidor: «las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios» [art. 4. a)].

¹¹⁷ Cfr., un análisis más detallado de la regulación MARTÍN FAVA, José María, ¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Co-

mentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 19/2016. <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1190/0>

¹¹⁸ Artículo 18.5 c): «Cuando se deniegue la solicitud de crédito, el prestamista informará sin demora al consumidor de dicha denegación y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos, el presta mista informará también al consumidor del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada».

¹¹⁹ <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/04/anteproyecto-de-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario.pdf>

¹²⁰ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario> Apartado 197.

¹²¹ Así lo denuncié en mi post sobre Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo..., <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/>

¹²² FINCONET, (2014) Report on responsible lending Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, 70. <http://www.finconet.org/FinCoNet-Responsible-Lending-2014.pdf> Según este estudio en el 65% de los 17 países analizados, es obligatorio consultar bases de datos sobre solvencia patrimonial.

¹²³ Esta carencia se ha puesto de relieve en el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor titulado: Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas, COM(2015) 630 final <https://www.afi.es/infoanalistas/descargas/1517620/425646/Libro-Verde-sobre-los-servicios-financieros-al-por-menor.pdf>

¹²⁴ Más extensamente, CUENA CASAS, M. Ficheros de solvencia positivos, privacidad y mercado de crédito, en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 281-417.

*(Trabajo recibido el 6-10-2017 y aceptado
para su publicación el 7-11-2017)*