UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

La insolvencia de la persona física: prevención y solución

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Paloma Corbal Ibáñez de la Cadinière

DIRECTORA

Matilde Cuena Casas

© Paloma Corbal Ibáñez de la Cadinière, 2023

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA: PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Paloma Corbal Ibáñez de la Cadinière

DIRECTORA

Matilde Cuena Casas

Madrid, marzo 2023

A Juan,

a Lucía María

y a la bebé que viene

No man is an island entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as any manner of thy friends or of thine own were; any man's death diminishes me, because I am involved in mankind. And therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.

(Donne, J., *Meditation XVII*)

AGRADECIMIENTOS

Al finalizar este largo camino, quiero agradecer a aquellos que me han acompañado que lo hayan hecho, pues sin su apoyo y ayuda acabar este trabajo habría sido imposible.

En primer lugar, tengo que agradecer a la profesora Matilde Cuena que, sin conocerme, solo fiada de mi ilusión por hacer la tesis doctoral y por poder algún día dedicarme a la docencia universitaria, aceptase dirigir este trabajo, con todos los inconvenientes que implica realizar una tesis a tiempo parcial, compatibilizando ejercicio profesional e investigación. Matilde, si algo ha marcado desde el principio este trabajo es la confianza "ciega" que desde el primer día has mostrado en mí. Sin tus ánimos, tu apoyo, tu comprensión, tus correcciones, tu inspiración, tu exigencia, tus consejos… este trabajo jamás habría visto la luz. Gracias, de corazón.

Recuerdo como si fuera ayer la clase de Derecho Mercantil en la que el profesor Javier Ibáñez nos explicó que las personas físicas podían declararse en concurso de acreedores, y cómo aquello puso contenido a la ilusión que durante los últimos años de la carrera había nacido en mí de hacer el doctorado y dedicarme a la docencia universitaria. Posteriormente, en el año 2012, mientras estudiaba el Máster de Investigación en Ciencias Jurídicas, el profesor Abel Veiga me sugirió la lectura de un artículo de la profesora Matilde Cuena. En plena crisis económica, hablaba de la necesidad de perdonar las deudas pendientes a las personas físicas con el fin de que pudiesen "empezar de nuevo". De lo poco que entendí que implicaba el *fresh start*, saqué dos conclusiones: que esta era una exigencia de humanidad y de justicia; y que, si algún día podía hacer la tesis sobre insolvencia de persona física, trataría este tema. Gracias, Javier y Abel, por animarme en los primeros momentos de incertidumbre para que emprendiese este camino. Y gracias a tantos profesores que me han marcado a lo largo de mi vida (en especial, Loli Iglesias, Enrique Díaz-Berrio, Alberto Serrano, Julián Ríos), y que han inspirado esta ilusión.

Durante estos años he compatibilizado la investigación con la práctica, y esto ha enriquecido mi visión de la regulación financiera. En ello ha influido enormemente trabajar mano a mano con un profesional de la talla del profesor Fernando Zunzunegui. El rigor científico y el enfoque práctico que he aprendido a su lado no se puede pagar. Gracias, Fernando, por tu confianza y todo lo que me has enseñado.

El caso es, que lo que empezó siendo una tesis de Derecho concursal, gracias a los nuevos horizontes de investigación que la profesora Cuena ha ido abriendo, se ha convertido en una tesis sobre regulación del préstamo responsable. Progresivamente, las materias que estudiaba en la tesis y las que analizaba en la actividad de consultoría en el despacho, confluían. Mis dos actividades, que muchas veces parecían imposibles de conciliar, se retroalimentaban progresivamente. Este motivo me ha impulsado muchas veces a seguir, cuando creía que no podía más de cansancio… ¿podía ser todo casualidad? No creo en las casualidades…

Así, guiada por una intuición de que este esfuerzo merecía la pena, aquí estamos. ¡Hay tantas personas que me han animado en este camino!

Gracias a mis padres, por quererme y apoyarme siempre, por enseñarme a dar lo mejor de mí. Gracias a mis hermanas, Blanca y Clara, por ser siempre "mi piñita".

Gracias a mi otra familia, Mari Carmen, Jesús, Elena y Juan, por su cariño, su ayuda y sus ánimos.

Gracias a mis tíos y primos, por estar ahí, por su curiosidad por mi tesis, y por todos los planes familiares que me he perdido por tener que estudiar.

Gracias a tantos amigos que me han animado a seguir, por su comprensión con mi falta de tiempo, y por estar siempre cerca: Pilar, Jaime, Lauri, Esther y Arturo, Sandra, Veva, Pati y Juan, Anita, Teresa, David, Cris, Meri, Paloma y Juan, Fran y Lourdes, Fer, Miguel y Ceci, Marisa, Cris, Mercedes, Sheila, Nacho, Ana, Estefi y Marcos, Virgi y Rafa, Dani y todos los chavales, Pedro, Jesús, José Ignacio, Verónica Clara.

Esta tesis se la dedico Juan, porque nadie más que él sabe cuánto ha costado, cuánto me ha hecho sufrir, y cuántas veces he estado a un motivo de abandonarla. Él, más que nadie, se merece este trabajo, por los agobios, crisis y lloros que ha aguantado, por el tiempo que mi estudio le ha robado, y porque sin su generosidad sacar tiempo habría sido literalmente imposible. Gracias por ser siempre mi mitad.

Se la dedico también a mis hijas, a Lucía María y a la bebé que viene, por el tiempo que esta tesis les ha quitado y que era suyo. Sois el tesoro de mi vida.

Y se la dedico a mis abuelos, en especial a Coco, porque sé que es quien está más orgulloso de mí. Os llevo siempre conmigo.

Gracias, mirando al Cielo, porque esta tesis es tuya… AMDG. Tú lo sabes todo.

ÍNDICE

Agradecimientos **7**

Índice **9**

Abreviaturas **13**

Resumen **17**

Abstract **19**

Introducción **21**

Capítulo I: La evaluación de la solvencia en el marco normativo del préstamo responsable **29**

1. Delimitación conceptual del préstamo responsable **29**

2. Antecedentes regulatorios y Derecho comunitario **33**

2.1. La Directiva de Crédito al Consumo (DCC) 34

2.2. La Directiva de Crédito Hipotecario (DCI) 47

3. El préstamo responsable en Derecho español **61**

4. El préstamo responsable como medida de prevención de la insolvencia de la persona física **78**

4.1. Delimitación conceptual entre insolvencia y sobreendeudamiento 78

4.2. Los objetivos tuitivos del prestatario de la obligación de evaluar la solvencia 91

4.2.1. La insuficiencia de la información y la actuación en interés del cliente como nuevo paradigma de la protección del prestatario 94

4.2.2. La evaluación de la solvencia del prestatario como norma de conducta de las entidades de crédito 107

Capítulo II: La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario **129**

1. Ámbito de la normativa sobre préstamo responsable **129**

1.1. Ámbito objetivo 129

1.2. Ámbito subjetivo 134

2. Naturaleza y caracteres del deber de evaluar la solvencia **142**

3. La obtención y tratamiento de la información para la evaluación de la solvencia **158**

3.1. El deber de solicitar información al prestatario 159

3.2. La consulta de bases de datos de solvencia patrimonial 162

3.2.1. Los sistemas de información crediticia 162

3.2.2. El deber de consulta de bases de datos 169

3.2.3. El acceso a datos positivos de solvencia como condición necesaria para el préstamo responsable 177

4. El objeto de la evaluación de la solvencia 184

5. La calificación crediticia o *credit scoring* como resultado de la evaluación de la solvencia 196

6. El derecho del prestatario a conocer el resultado de la evaluación de la solvencia. Implicaciones..... 199

Capítulo III: Caracterización del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia..... 203

1. La contratación del préstamo sin evaluar la solvencia del prestatario de acuerdo con las operaciones previstas en la ley..... 203

2. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación..... 204

2.1. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación en la regulación de carácter general..... 206

2.2. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación en la regulación del crédito inmobiliario: confrontación doctrinal..... 209

2.3. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación en la regulación del crédito al consumo: incidencia de los pronunciamientos del TJUE e influencia de la DCI 226

3. Recapitulación 234

Capítulo IV: Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario..... 237

1. Caracteres que deben reunir las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia..... 238

2. Exclusión de la nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas 241

3. Consecuencias administrativas sancionadoras relativas al deber de evaluar la solvencia del prestatario y su ineficacia disuasoria..... 248

4. Consecuencias sobre la eficacia del contrato del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia..... 258

4.1. La responsabilidad contractual por incumplimiento de normas de conducta 263

4.1.1. Aplicabilidad del art. 1101 del CC..... 263

4.1.2. El presupuesto de la responsabilidad y la carga de la prueba del incumplimiento..... 267

4.1.3. El título de imputación: la diligencia debida en la evaluación de la solvencia 273

4.1.4. La prueba del daño y la relación de causalidad..... 277

4.1.5. Recapitulación: evaluación de esta consecuencia jurídica..... 282

5. Propuesta de *lege ferenda*: la excepción por préstamo irresponsable frente a la reclamación del prestamista y su privación de los intereses moratorios y remuneratorios 283

Capítulo V: El potencial fomento del préstamo responsable a través del régimen concursal de segunda oportunidad 297

1. Introducción 297

2. La exoneración del pasivo insatisfecho. Noción y fundamento en el marco de la finalidad del concurso de la persona física 299

2.1. Noción de exoneración del pasivo insatisfecho 299

2.2. Fundamento de la exoneración del pasivo insatisfecho 304

2.2.1. La segunda oportunidad del deudor persona física insolvente 305

2.2.2. La socialización del riesgo de insolvencia y el fomento del préstamo responsable 309

3. Elementos regulatorios de la exoneración del pasivo insatisfecho y modelos de regulación en Derecho comparado 314

4. Antecedentes regulatorios de la exoneración del pasivo insatisfecho 319

4.1. Evolución de la regulación española en el marco comunitario 319

4.2. El nuevo paradigma de la exoneración del pasivo insatisfecho: la DRI y su transposición a través de la Ley de Reforma Concursal 330

Capítulo VI: El carácter restrictivo del régimen concursal de segunda oportunidad como freno al fomento del préstamo responsable 339

1. Ámbito y presupuesto subjetivo de la exoneración: el derecho a la segunda oportunidad del deudor de buena fe 339

1.1. La exoneración del deudor persona física empresario o consumidor 339

1.2. La buena fe del deudor 342

1.2.1. Antecedentes normativos 342

1.2.2. El concepto de buena fe 346

1.2.3. La presunción de la buena fe 348

1.2.4. La excepción del derecho a la exoneración 350

2. Presupuesto objetivo de la exoneración: la clave de la LRC 370

2.1. Antecedentes normativos 370

2.1.1. La preceptiva liquidación del patrimonio del deudor 371

2.1.2. El pago de un umbral de pasivo mínimo 375

2.1.2.1. La confusión entre buena fe y capacidad de pago en la LSOP 375

2.1.2.2. Los regímenes de exoneración del TRLC 377

2.2. Las modalidades de exoneración en la LRC 381

2.2.1. La exoneración con plan de pagos 385

2.2.2. La exoneración con liquidación de la masa activa 393

3. Ámbito objetivo de la exoneración: los créditos no susceptibles de ser exonerados 400

3.1. Antecedentes normativos 400

3.2. El nuevo paradigma de la LRC: la plena exoneración del deudor 403

3.3. La exclusión de la exoneración del crédito público: la vulneración de la plena exoneración exigida por la DRI 408

3.4. La exclusión de la exoneración de los créditos con garantía real: el insuficiente estímulo al préstamo responsable 418

4. El régimen de revocación y los efectos de la exoneración definitiva 425

4.1. El restrictivo régimen de revocación: la dificultad de obtener la segunda oportunidad 425

4.1.1. Antecedentes normativos 425

4.1.2. El régimen de revocación de la LRC 431

4.2. La segunda oportunidad y la protección del derecho de crédito: los efectos de la exoneración 435

5. Evaluación del régimen jurídico: incumplimiento de la obligación de sancionar el préstamo irresponsable de forma efectiva, proporcionada y disuasoria . 442

Conclusiones 449

Bibliografía 457

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AEP	Acuerdo extrajudicial de pagos
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
AJPII	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
ALRC	Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 4 de agosto de 2021.
AP	Audiencia Provincial
BAPCPA	*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CIRBE	Central de Información de Riesgos del Banco de España
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
C.cons.	*Code de la consommation.* (Código francés de Consumo)

DCC	Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo
DCI	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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes, Dirección General de los Registros y del Notariado, DGRN)
DRI	Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)
EBA	*European Banking Authority* (Autoridad Bancaria Europea)
ESMA	*European Securities and Markets Authority* (Autoridad Europea de Valores y Mercados)
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSB	*Financial Stability Board* (Consejo de Estabilidad Financiera)
IDD	Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros (*Insurance Distribution Directive*)
InsO	*Insolvenzordnung*. Ley alemana de Insolvencia de 5 de octubre de 1994 (Federal Law Gazette I page 2866), según su última modificación por el artículo 19 de la Ley de 20 de diciembre de 2011 (Law Gazette I page 2854).
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCCI	Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LH	Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria)
LSOP	Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEI	Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
MiFID II	Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (*Markets in Financial Instruments Distribution Directive*).
OTP	Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
PLADCF	Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes.
PLCI	Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
PLRC	Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
RDL 1/2015	Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
RPC	Registro Público Concursal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Ob. Cit.	Obra citada
UE	Unión Europea

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto la prevención de la insolvencia de la persona física a través de la obligación del prestamista profesional de evaluar la solvencia del prestatario, y el fomento del cumplimiento de dicha obligación a través del régimen concursal de exoneración del pasivo insatisfecho que constituye la solución de la insolvencia de la persona física. Para ello, tras enmarcar conceptualmente la evaluación de la solvencia en la normativa de préstamo responsable, se analiza el detalle de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario en Derecho español y se exponen las controversias doctrinales y la incidencia de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la caracterización de los incumplimientos de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario cuando se lleva a cabo la contratación del préstamo sin evaluar la solvencia del prestatario, y cuando la contratación del préstamo se lleva a cabo en contra del resultado de la evaluación de la solvencia; tras lo cual se examinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario. Posteriormente, se aborda el potencial fomento del préstamo responsable a través del régimen concursal de segunda oportunidad, examinando para ello el detalle de la nueva regulación concursal de la exoneración del pasivo insatisfecho en relación con los precedentes normativos y su interpretación jurisprudencial y doctrinal. Finalmente, se exponen las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo de investigación.

PALABRAS CLAVE: insolvencia de la persona física, sobreendeudamiento, crédito hipotecario, crédito al consumo, préstamo responsable, evaluación de la solvencia, exoneración del pasivo insatisfecho.

ABSTRACT

The object of this research is the prevention of personal insolvency through the obligation of the professional lender to conduct a creditworthiness assessment of the borrower, and to encourage compliance with this obligation through the insolvency regime of discharge of debt that constitutes the solution to the insolvency of natural persons. For this purpose, after conceptually framing the creditworthiness assessment in the responsible lending regulations, we analyse the details of the lender's obligation to assess the borrower's creditworthiness under Spanish law, and we explain the doctrinal controversies and the impact of the pronouncements of the Court of Justice of the European Union on the characterization of the breaches of the obligation to conduct the creditworthiness assessment when the loan contracting is carried out without assessing the borrower's solvency, and when the loan contracting is carried out contrary to the result of the creditworthiness assessment; then, we examine the legal consequences of non-compliance with the obligation to assess the borrower's creditworthiness. Subsequently, the potential promotion of responsible lending through the second chance insolvency regime is addressed, examining the detail of the new insolvency regulation of the discharge of debt in relation to the normative precedents and its jurisprudential and doctrinal interpretation. Finally, the conclusions reached in this research work are presented.

KEYWORDS: personal insolvency, over-indebtedness, mortgage credit, consumer credit, responsible lending, creditworthiness assessment, discharge of debt.

INTRODUCCIÓN

La economía moderna y globalizada se basa en el recurso al crédito de manera generalizada. El crédito es la premisa de la sociedad de consumo y en él se sustenta el crecimiento socioeconómico. La falta de acceso al crédito es causa de exclusión financiera y social.

Sin embargo, un aumento desmedido del crédito puede producir efectos perniciosos. El aumento del crédito al consumo y la facilidad para el acceso a la vivienda en propiedad a través de financiación con garantía hipotecaria, han caracterizado el cambio económico y social de finales del siglo pasado. Parece que desde los poderes públicos se ha instalado una política de penalización del ahorro y de fomento del crédito que permite mantener un nivel de consumo razonable sin que sea preciso un incremento salarial. Esta circunstancia ha supuesto un correlativo desarrollo del sobreendeudamiento privado.

Con la crisis financiera del año 2008 afloraron las perversidades del sistema: la concesión de crédito con una deficiente evaluación de la solvencia de los prestatarios, auspiciada por la desregulación del sistema financiero y la falta de supervisión a nivel mundial, de manera que ni se disuadía ni se castigaba con contundencia el préstamo irresponsable, con la única garantía de inmuebles sobrevalorados por una subida incontrolada de precios basada en una alta demanda, que contribuyó a crear una «burbuja inmobiliaria». La excesiva confianza en el funcionamiento eficiente del mercado y en la revalorización de los inmuebles dados en garantía favorecieron un acceso generalizado al crédito que no iba acompañado de una rigurosa evaluación de la capacidad de cumplimiento del deudor. La titulización de créditos y su transmisión a través del mercado secundario constituyó un factor coadyuvante importante al permitir a los prestamistas transferir el riesgo de sus carteras de préstamos a los inversores, lo que multiplicó las consecuencias de esta mala conducta haciéndolas sistémicas a nivel mundial. Esta actuación puso en peligro el ahorro del público, pues el mercado de crédito bancario se basa en el principio de reserva fraccionaria –conforme al cual los bancos conceden financiación utilizando los recursos de los depositantes manteniendo un coeficiente de caja–, de manera que el préstamo a deudores insolventes tiene consecuencias para el conjunto de la economía.

En respuesta a este problema, surgen regulaciones que abordan su prevención en el marco de un nuevo principio: el préstamo responsable. Esta regulación se enmarca en una evolución más amplia de la regulación de los mercados financieros a raíz de la crisis financiera del año 2008, marcada por un cambio de paradigma: la protección del mercado exige la protección del cliente financiero, y dicha protección no se logra mediante la mera información, sino que es necesario disciplinar la actuación de las entidades financieras mediante la aprobación de normas de conducta de obligado cumplimiento, y responsabilizarlas por su contravención. A su vez, el diseño de la regulación debe preservar el equilibrio entre esta protección del prestatario, la estabilidad del mercado financiero y el flujo del crédito a costes razonables.

Por otra parte, el aumento de la insolvencia de las personas físicas derivado del creciente sobreendeudamiento privado exige una evaluación de su tratamiento concursal con el fin de favorecer la recuperación del deudor para el entramado productivo. El efecto dominó desencadenado por la caída de Lehman Brothers en 2008 alcanzó con la máxima crudeza a los particulares sobreendeudados, quienes se encontraron incapaces de pagar sus deudas incluso después de producirse la ejecución de la garantía hipotecaria, como consecuencia de la abultada tasación efectuada en su día por entidades pertenecientes a los mismos grupos financieros que los prestamistas, quedando responsables de la deuda pendiente de por vida, «con todos sus bienes presentes y futuros» (cf. art. 1911 CC).

Desde instancias internacionales se recomienda que los Estados revisen su normativa de insolvencia para introducir medidas paliativas que permitan conceder una segunda oportunidad a las personas físicas insolventes mediante la exoneración de su pasivo insatisfecho en el procedimiento concursal. Con ello se mitigan los perniciosos efectos de la insolvencia, no solo sobre el deudor y sus familiares (*v.gr.* sufrimiento, enfermedad, exclusión social), sino sobre el conjunto de la sociedad. En particular, se estimula la negociación entre el deudor y sus acreedores para alcanzar una salida convencional de la crisis; se fomenta la solicitud temprana del concurso de acreedores; se favorece que el deudor tenga un nuevo comienzo, con lo que se evita que caiga en la exclusión social y en el entramado de la economía sumergida. Todo ello favorece la iniciativa empresarial al reducir el estigma asociado al fracaso y, a su vez, tiene efectos positivos sobre las arcas públicas, pues se previene el descenso en la recaudación tributaria asociada a la destrucción de empresas y puestos de trabajo, y se evita que la persona insolvente se convierta en acreedor de ayudas públicas. Estos efectos positivos

de la normativa de segunda oportunidad permiten afirmar que la exoneración del pasivo insatisfecho constituye la solución de la insolvencia de la persona física.

La trascendencia del problema del sobreendeudamiento privado hace oportuno analizar la cuestión desde una doble perspectiva: la preventiva y también la paliativa.

Para ello, el presente estudio parte de la hipótesis de que la prevención de la insolvencia de la persona física en la sociedad de crédito actual pasa necesariamente por promover el préstamo responsable mediante el correcto diseño de la obligación de los prestamistas profesionales de evaluar la solvencia del potencial prestatario con carácter previo a la concesión de la financiación.

A su vez, el presente estudio parte de la hipótesis de que la concesión al deudor de buena fe de la exoneración de su pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores, que constituye la solución de su insolvencia, es el marco idóneo para sancionar a los prestamistas por el incumplimiento de sus obligaciones de evaluación de la solvencia, de manera que se discipline –indirectamente– su actuación en el mercado y, en consecuencia, se fomente el cumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario.

La prevención y solución de la insolvencia de la persona física debe constituir una prioridad para los operadores jurídicos. Su importancia está fuera de toda duda en el contexto socioeconómico de crisis en el que se ha desarrollado el presente estudio: la crisis económico-financiera iniciada en el año 2008, y la crisis económica derivada de la pandemia de COVID-19 e intensificada por la subida de los tipos de interés y la crisis energética derivada de la situación de guerra en Ucrania. Si bien las causas y consecuencias de estas crisis son distintas, en todas se pone de manifiesto la necesidad de afrontar el problema del sobreendeudamiento privado desde un enfoque multidisciplinar. Su tratamiento requiere medidas preventivas del sobreendeudamiento activo, y medidas paliativas que eviten la exclusión social del prestatario y sean disuasorias del mal comportamiento de los prestamistas profesionales. Es la propia normativa la que debe fomentar el préstamo responsable, sin que deba recaer en la actuación de los supervisores financieros, y sin que constriña el acceso al crédito, pues se trata de un elemento básico para la participación en la vida económica de la sociedad. El objetivo que debe primar es recuperar al deudor para la actividad productiva y de consumo y evitar su exclusión social.

El presente estudio se circunscribe a la prevención de la insolvencia causada por el sobreendeudamiento activo derivado del préstamo irresponsable, mediante la adopción

de una adecuada regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario; y a su solución en sede concursal a través del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, a fin de que el concurso de acreedores pueda constituir una medida paliativa de su insolvencia particular y un medio de fomento del préstamo responsable con carácter general.

Así, mientras que las normas sobre préstamo responsable previenen de forma *directa* la insolvencia del potencial prestatario, antes de la conclusión del contrato de crédito; la normativa concursal, al prever disposiciones que permitan al deudor obtener una segunda oportunidad mediante la exoneración de su pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores, puede prevenir de forma *indirecta* la insolvencia de la persona física al penalizar a los acreedores que hayan otorgado el préstamo irresponsable, disciplinando así su conducta en el mercado. Se trata de las dos caras de la misma moneda del tratamiento de la insolvencia de la persona física.

Mediante el análisis de la regulación en el ordenamiento jurídico español, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, y considerando las soluciones disponibles en Derecho comparado, el presente estudio pretende responder las siguientes preguntas: ¿Previene eficazmente la insolvencia de la persona física la obligación de evaluar la solvencia del prestatario atendiendo a su regulación actual? ¿Fomenta eficazmente la regulación concursal el cumplimiento por parte del prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario? Y, en suma, ¿previene y soluciona eficazmente nuestro ordenamiento jurídico la insolvencia de la persona física?

Para la realización de este estudio se recurre a una metodología sincrética, de manera que el método utilizado en el marco del método científico sea el adecuado a cada parte del trabajo a desarrollar.

En primer lugar, se recurre al método exegético para el análisis de la letra, sentido y finalidad de la normativa de referencia, a fin de conocer la voluntad última del legislador en el tratamiento de la insolvencia de la persona física y la prevención del préstamo irresponsable.

En segundo lugar, se aplica el método dogmático en la revisión del estado de la cuestión en la ciencia jurídica y para valorar el tratamiento que se ha dado a la insolvencia de la persona física en el marco de la normativa concursal, y a la evaluación de la solvencia del prestatario como medida de prevención del préstamo irresponsable.

Asimismo, este método permite identificar el engarce de la cuestión principal –el préstamo responsable como medio principal para lograr la prevención de la insolvencia de la persona física y la exoneración del pasivo insatisfecho como medida para su fomento–, con otras teorías, a fin de delimitar correctamente su núcleo teórico y construir una teoría consistente.

En tercer lugar, se acude al método histórico en el momento de evaluar el proceso normativo que ha desembocado en la actual regulación del préstamo responsable y de la insolvencia de la persona física en España. Este análisis, junto con el desarrollado mediante el recurso al método comparado relativo al tratamiento de estas cuestiones en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, nos permite alcanzar un mejor conocimiento de la materia, considerando las distintas aproximaciones, de manera que nuestro razonamiento sea crítico y objetivo. Asimismo, se valora la posible importación al marco jurídico español de respuestas desarrolladas en otros ordenamientos.

Por último, a lo largo del trabajo se lleva a cabo el análisis de la eficiencia de las propuestas planteadas conforme al método empírico y al Análisis Económico del Derecho.

Para abordar las cuestiones apuntadas, el presente trabajo se divide en seis capítulos.

En el primer capítulo se enmarca conceptualmente la evaluación de la solvencia en la normativa de préstamo responsable. Para ello, se define el préstamo responsable y se analizan los antecedentes regulatorios de este principio y, en particular, de la obligación de evaluar la solvencia, en el contexto comunitario y en Derecho español. Asimismo, se analiza la virtualidad de esta regulación para la prevención del sobreendeudamiento privado y la eventual insolvencia de la persona física con base en los objetivos tuitivos del prestatario de la normativa sobre evaluación de la solvencia en el contexto de la evolución regulatoria del mercado financiero, lo que nos permitirá definir esta obligación como una norma de conducta de las entidades de crédito que ha sido extendida a otros prestamistas profesionales.

En el segundo capítulo se analiza el detalle de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario en Derecho español: se delimita su ámbito objetivo y subjetivo, se define la naturaleza jurídica y caracteres de esta obligación, y se abordan las cuestiones implicadas en su cumplimiento. En particular, se analizan las implicaciones

del deber de consulta de bases de datos de solvencia patrimonial para la obtención de la información relevante para la evaluación de la solvencia, y se constata que el acceso a datos positivos de solvencia es una condición necesaria para el préstamo responsable. Asimismo, se desgrana el objeto de la evaluación de la solvencia y se aboga por reconocer el derecho del prestatario a conocer el resultado de su evaluación.

En el tercer capítulo se exponen las controversias doctrinales y la incidencia de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la caracterización de los incumplimientos de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario cuando se lleva a cabo la contratación del préstamo sin evaluar la solvencia del prestatario de acuerdo con las operaciones previstas en la ley, y cuando la contratación del préstamo se lleva a cabo en contra del resultado de la evaluación de la solvencia.

En el cuarto capítulo se examinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario. Se detallan los caracteres que, de acuerdo con la normativa comunitaria, deben reunir tales consecuencias jurídicas y, teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas en el capítulo precedente, se excluye la nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas (ex art. 6.3 CC) y se constata la ineficacia disuasoria de las sanciones administrativas –únicas expresamente previstas en la legislación española–. Así las cosas, tras confirmar que las consecuencias que deben anudarse al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia deben incidir sobre la eficacia del contrato –y no sobre su validez–; y tras descartar la aplicabilidad de la resolución por incumplimiento (ex art. 1124 CC); se analiza la responsabilidad contractual del prestamista por el incumplimiento de normas de conducta (ex art. 1101 CC), como la única consecuencia jurídico-civil que la legislación vigente permite anudar al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

El capítulo quinto aborda el potencial fomento del préstamo responsable a través del régimen concursal de segunda oportunidad. Para ello, se analizan la noción y fundamento de la exoneración del pasivo insatisfecho en el marco de la finalidad del concurso de la persona física, se definen sus elementos regulatorios atendiendo a los distintos modelos de regulación en Derecho comparado, y se describen los antecedentes y evolución de la regulación española en el marco comunitario, desde la introducción del régimen de segunda oportunidad en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, hasta su consolidación con la reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

En el capítulo sexto se examina el detalle de la nueva regulación concursal de la exoneración del pasivo insatisfecho en relación con los precedentes normativos y su interpretación jurisprudencial y doctrinal. El resultado de dicho análisis lleva a concluir que, si bien se trata de una reforma íntegra y fundamental del régimen de segunda oportunidad, que transpone en gran medida adecuadamente la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, el blindaje al crédito público y al crédito hipotecario hacen al sistema restrictivo y le restan virtualidad para el fomento del préstamo responsable. Algunos aspectos del sistema plantean incluso dudas de adecuación con la normativa europea de préstamo responsable, como es el caso de la regulación de los concursos sin masa y sus implicaciones cuando la deuda hipotecaria supera el valor del inmueble.

Finalmente, se exponen las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I: LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA EN EL MARCO NORMATIVO DEL PRÉSTAMO RESPONSABLE

1. Delimitación conceptual del préstamo responsable

La definición del «préstamo responsable» resulta de vital importancia para diseñar medidas eficaces que lo garanticen. Así lo entiende el Banco Mundial, que ha señalado como uno de los principales problemas para aplicar prohibiciones e imponer sanciones al préstamo irresponsable la variedad de prácticas que pueden ser consideradas «préstamo abusivo» («*predatory lending*») o «préstamo negligente» («*reckless lending*»)[1].

El mismo uso indistinto de estos términos comúnmente utilizados para aludir al préstamo irresponsable resulta confuso, pues lo cierto es que no son expresiones unívocas y entrañan consecuencias jurídicas diversas. Así, mientras que el «préstamo negligente» haría referencia a un incumplimiento culposo –no doloso– de las obligaciones legales impuestas al prestamista en la concesión del préstamo, el «préstamo abusivo» aludiría al préstamo otorgado con vulneración de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, con eventual prevalencia por parte del prestamista de su capacidad de negociación o de la situación de necesidad del prestatario, lo que incluso podría dar lugar al «préstamo usurario» si se diesen determinadas circunstancias[2].

Por su parte, el «préstamo irresponsable» o «irrazonable» («*unconscionable loan*») se ha distinguido en Derecho anglosajón por resultar inadecuado atendiendo a los intereses y circunstancias personales del prestatario, sin que necesariamente sea susceptible de ser considerado abusivo[3]. Además, se distingue entre «*responsible*

---

[1] *Vid*. WORLD BANK: *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools*, Washington, DC, October 2013, p. 3.

[2] De conformidad con el art. 1º de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, Gaceta de Madrid núm. 206, de 24/07/1908 (Ley Azcárate): «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. […]».

[3] *Vid*. DÍAZ RUIZ, E.: "Crédito bancario responsable", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Núm. Extraordinario, 2011, p. 224; GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", PRATS ALBENTOSA, L./ CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 208-209.

lending» y «*responsible borrowing*»: mientras que el primero pone el énfasis en el comportamiento del prestamista en relación con sus deberes en la oferta y comercialización de operaciones, tanto de información como de evaluación de su solvencia; el segundo se centra en el deber del prestatario de informarse de las condiciones del préstamo y tomar decisiones de contratación de acuerdo con sus intereses y situación financiera[4].

Debemos partir de la base de que con la expresión «préstamo responsable» se alude a un concepto jurídico indeterminado, que en ocasiones se califica de «principio»[5], y con el cual, en el marco de nuestra investigación, nos referimos a la concesión de préstamos o créditos (términos que, salvo que indiquemos lo contrario, utilizaremos indistintamente) por parte de las entidades de crédito y otros prestamistas privados[6], con cumplimiento de la normativa sectorial aplicable. La clave, por tanto, está en determinar el carácter público o privado de esta normativa, los principios que orientan su interpretación, y las consecuencias jurídicas que se anudan a su incumplimiento.

Por otra parte, atendiendo al ámbito de esta normativa, la doctrina ha distinguido el préstamo responsable en sentido amplio, que englobaría el cumplimiento de normas tanto en materia de información precontractual, como en materia de evaluación de la solvencia y, en su caso, de prudente valoración de las garantías a otorgar; y el préstamo responsable

[4] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Nº 1, 2018, pp. 103-116, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[5] *Vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 117; ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 400; DE LA PEÑA, L. / LÓPEZ FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 130, abril-junio 2013, p. 77.

[6] *Vid.* Capítulo II, epígrafe 1.2.

en sentido estricto, referido únicamente a las obligaciones de evaluación de la solvencia del prestatario[7]. A esta última acepción ceñiremos el análisis del presente estudio.

El régimen jurídico del préstamo responsable en Derecho español se contiene en distintas normas cuyo ámbito de aplicación viene dado por su especialidad.

La normativa general, de carácter sectorial, se contiene en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, "LES")[8] y las normas que la desarrollan: la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, "OTP")[9], y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos[10] (en adelante, "Circular BdE 5/2012").

Paralelamente, el préstamo responsable goza de un régimen jurídico de carácter especial, por un lado, en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de

[7] *Vid.* DE LA PEÑA, L. / LÓPEZ FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", ob. cit., p. 55; CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coords.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 64; "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 53, enero-febrero, 2014, p. 6; COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: "El crédito responsable", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 20, 2016, p. 528; FERRETTI, F. / LIVADA, C.: "The over-indebtedness of European consumers under EU policy and law", FERRETTI, F. (ed.), *Comparative perspectives of consumer over-indebtedness – A view from the UK, Germany, Greece and Italy*, Eleven International Publishing, Den Haag, NL, 2016, p. 15. El Banco Mundial ha señalado a este respecto: « […] individual countries have used a wide range of regulatory approaches. Some rely primarily on regulating information disclosure, expecting consumers to be capable of making adequate decisions. Other countries place the burden for responsible lending primarily on lenders, requiring them to assess the suitability of the loan for each consumer. Others opt for more prescriptive solutions, defining interest rate ceilings, maximum debt-to-income or loan-to-value ratios or limits for penalties and late fees. » (cfr. WORLD BANK, *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools*, Washington, DC, October 2013, p. 13). Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Lucha contra la pobreza» (dictamen exploratorio) (2016/C 133/03), de 14 de abril de 2016, «[…] cabe combatir el sobreendeudamiento mediante la adopción de políticas responsables de concesión del crédito (regulación estricta de los intermediarios y de la concesión de tarjetas de crédito, prohibición de publicidad agresiva, prohibición de la usura, prohibición de embargar la vivienda y otros bienes esenciales), de refuerzo de la mediación en la resolución de conflictos, de apoyo a la recuperación de los sobreendeudados (2.a oportunidad, «new start policy»), así como de información, educación y prevención en materia de sobreendeudamiento.» (cfr. Apartado 5.9, p. 14).

[8] BOE núm. 55, de 05/03/2011.

[9] BOE núm. 261, de 29/10/2011.

[10] BOE núm. 161, de 06/07/2012.

crédito inmobiliario (en adelante, "LCCI")[11], que transpone la 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (en adelante, "DCI")[12]; y, por otro lado, en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, "LCC")[13], que transpone la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (en adelante, "DCC")[14], cuya regulación se revisa en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo (en adelante, la "Propuesta de DCC 2021")[15].

Con razón se ha llamado la atención sobre la complejidad de este régimen, compuesto por una acumulación de normas dispersas, de diferente naturaleza y rango, no plenamente coordinadas entre sí, con pretensión de minuciosidad, y que además cuentan con un ámbito de aplicación a veces superpuesto. Todo ello complica su aplicación y genera dudas sobre su eficacia, ya que dificulta su conocimiento y grado de cumplimiento, de modo que resta virtualidad a la regulación por su compleja aplicación práctica y la generación de costes adicionales que se trasladan al cliente[16]; y repercute negativamente en la determinación de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento[17].

[11] BOE núm. 65, de 16/03/2019. *Vid.* Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2019), que completa la regulación en materias ajenas al objeto de nuestro estudio.

[12] DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014, páginas 34 a 85, DOUE-L-2014-80363.

[13] BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.

[14] DOUE núm. 133, de 22 de mayo de 2008, páginas 66 a 92, DOUE-L-2008-80895.

[15] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)].

[16] *Vid.* DÍAZ RUIZ, E.: "Crédito bancario responsable", ob. cit., p. 226; GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 210-211; CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 93, Nº 764, 2017, p. 2888.

[17] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", CUENA CASAS, M: (Dir.), *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y Consumo Responsables*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 783-784.

2. Antecedentes regulatorios y Derecho comunitario

En el ámbito comunitario, la doctrina[18] ha localizado la primera mención al préstamo responsable en el Informe que la Comisión de las Comunidades Europeas emitió en 1995 sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo[19]. En dicho Informe, la Comisión proponía:

> «[…] incluir en la Directiva un mecanismo para mejorar la calidad de la relación contractual. El consumidor tiene la obligación de informar, es decir, de facilitar a petición del prestamista toda la información que sea necesaria para la operación de crédito. El profesional tiene la obligación de asesorar, es decir, de informarse sobre la situación del prestatario e informarle en consecuencia.»[20]

La Comisión señalaba esta obligación de asesoramiento tomando como referencia la Ley belga[21], como «la otra cara de la obligación de información del consumidor», sirviendo esta ley de inspiración al legislador comunitario para configurar el principio de préstamo responsable[22].

---

[18] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 16, 2014, págs. 141-160, consultado en SSRN, Working Paper, p. 4.

[19] Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (DOCE nº L 42, 12.2.87); transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1995), derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011).

[20] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final], pp. 57-58, parágrafo 180. Con anterioridad, la Resolución del Consejo, de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores, había señalado como prioritarios en el apartado 6 de su Anexo, dedicado a los intereses económicos, el «estudio de la cuestión del endeudamiento excesivo de los consumidores» [*vid.* COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 93, nota al pie 117].

[21] Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (M.B. 09.07.1991, p. 15203)]. Aludía también a la ley francesa [Loi nº 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (JORF du 11 janvier 1978 page 299)], conforme a la cual el juez podía valorar la información de la que disponía el prestamista en el momento de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de su capacidad para cumplir sus obligaciones [vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final], pp. 57-58, parágrafo 177].

[22] En este sentido, *vid.* RAMSAY, I.: "Comparative Consumer Bankruptcy" (Symposium: Consumer Bankruptcy and Credit in the Wake of the 2005 Act), *University of Illinois Law Review*, Vol. 2007, Num. 1, 2006, p. 254; COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la*

Se trataba –según decía la Comisión– de una «norma de comportamiento» de acuerdo con la cual, al deber del prestamista de informar al consumidor sobre el contrato de crédito –principio bastante difundido en la Unión Europea, señalaba–, se añade el deber de «informarse sobre el tipo de crédito y el importe más adecuados teniendo en cuenta la situación financiera del consumidor al concertar el contrato», de modo que «el prestamista sólo emitirá una oferta si tiene motivos razonables para creer que el consumidor podrá cumplir las obligaciones derivadas del contrato»[23]. Al incumplimiento de estas obligaciones se anudaban –según indicaba la Comisión– sanciones civiles: la facultad del juez de eximir al prestatario del pago de todo o parte de los intereses de demora, y de reducir sus obligaciones al principal prestado, sin perjuicio del resto de sanciones establecidas en el derecho común[24].

2.1. La Directiva de Crédito al Consumo (DCC)

Sin embargo, no es hasta la Directiva DCC cuando el concepto de préstamo responsable adopta carácter normativo, aunque con un enfoque mucho más limitado que el que la Comisión inicialmente había planteado.

Manteniendo el alto estándar que había plasmado en su informe de 1995, la Comisión incluyó en su propuesta inicial de Directiva[25] el art. 9 dedicado al «préstamo responsable», con el siguiente tenor:

> «Si un prestamista suscribe un contrato de crédito o de garantía, o aumenta el importe total del crédito o el importe garantizado, se supone que ha estimado previamente, por cualquier medio a su

solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 101.

[23] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final], p. 57, parágrafo 178.

[24] Para apreciar el incumplimiento de este «deber de asesoramiento» del prestamista, el juez podría considerar indiciarios elementos como «un número importante de préstamos en curso, incumplimientos de pago, acumulación de préstamos, numerosas garantías, insuficiencias de la información solicitada o requerida o situación financiera precaria», debiendo contrastarlos con la información facilitada por el consumidor [*vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final], p. 57, parágrafo 179].

[25] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)].

disposición, que el consumidor y, en su caso, el avalista, podrán razonablemente cumplir las obligaciones que se deriven del contrato.»[26]

Con todo, la literalidad del precepto no reflejaba con nitidez la posición que la Comisión expresaba con rotundidad en el examen del dispositivo:

«*Artículo 9 (préstamo responsable)*

En algunos Estados miembros existen normas en materia de crédito que obligan al prestamista a observar normas de cautela o de gestión del «buen prestamista». Este artículo tiene por objeto establecer un principio similar a escala europea no sólo en interés de los consumidores o de los avalistas sino también de todos los prestamistas. En efecto, éstos corren el peligro de que disminuya la solvencia de sus clientes debido a los contratos de crédito concedidos ulteriormente por entidades competidoras en circunstancias que ponen en grave peligro la capacidad de reembolso del consumidor o del avalista.

El principio de «préstamo responsable» constituye una obligación de medios que se traduce, en particular, en la consulta de bases de datos centralizadas y el examen de las respuestas del consumidor o el avalista, la petición de establecer dispositivos de seguridad, la verificación de los datos aportados por intermediarios de crédito y el tipo de crédito ofrecido. No se trata de una obligación de resultado, como la existencia —o ausencia— de un fallo del consumidor. Por otra parte, estas normas de prudencia exigen una apreciación de los hechos, que deben examinarse caso por caso, preferentemente por las autoridades judiciales. No obstante, la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor no es neutra: el prestamista compromete su responsabilidad contractual y, a este respecto, conviene destacar la relación entre la suscripción del contrato y esta evaluación previa.

Esta disposición se aplicará sin perjuicio de la obligación del consumidor de actuar con prudencia en la búsqueda de un crédito y de respetar sus obligaciones contractuales.»[27]

[26] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], p. 228. El CESE, en su dictamen sobre la propuesta inicial de Directiva, sugirió añadir una nueva frase con el siguiente enunciado: «Asimismo se presume que tanto el consumidor como el garante han reflejado fielmente su situación financiera.» [*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 7].

[27] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 211.

Así, la propuesta inicial de Directiva DCC ya hablaba de un *principio* de préstamo responsable[28] concretado en normas de conducta («normas de prudencia») relativas a la evaluación por parte del prestamista de la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito. En particular, esta noción de préstamo responsable implicaba que el prestamista «tiene la obligación de consultar la base de datos centralizada» (cuya constitución estaba prevista en el art. 8) con carácter previo a la suscripción por parte del consumidor del crédito, o la intervención por parte de un avalista para garantizar su reembolso, como una «primera indicación para el prestamista, que debe completarla con otras medidas descritas en el artículo 9»[29]. El préstamo responsable quedaba así definido como la «obligación de medios» –no de resultado– consistente en evaluar la solvencia del prestatario (consultando bases de datos y examinando las respuestas del consumidor o el avalista), y en relacionar la suscripción del contrato con el resultado de esta evaluación. En este punto la propuesta inicial de Directiva era clara: «la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor no es neutra: el prestamista compromete su responsabilidad contractual y, a este respecto, conviene destacar la relación entre la suscripción del contrato y esta evaluación previa».

En la línea del informe emitido por la Comisión en 1995, el Considerando 15 de la propuesta inicial de Directiva DCC enmarcaba el «principio de préstamo responsable» en una «obligación general de asesoramiento por parte del intermediario de crédito o el prestamista para que el consumidor pueda elegir la mejor opción entre los tipos de crédito que ofrecen», de acuerdo con la cual «corresponde al prestamista comprobar si un consumidor o, en su caso, un avalista, está en disposiciones de respetar nuevos compromisos»[30]. Esta obligación de *asesoramiento* –junto con las disposiciones sobre información recíproca previa–, tenía como objetivo «que el consumidor pueda elegir la

[28] Se reconocía el préstamo responsable como un principio a escala europea similar a las «normas de gestión del "buen prestamista"» previstas en otros Estados miembros como Bélgica [*vid.* COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 106].

[29] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 211.

[30] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Considerando 15.

mejor opción entre los tipos de créditos que dichos profesionales ofrecen habitualmente», y debía tener en cuenta, en particular, «la capacidad de reembolso del consumidor, el riesgo que éste corre, la existencia o ausencia de un calendario de reembolso fijo, las posibilidades de realizar detracciones y la finalidad del crédito solicitado»[31].

En este sentido, el art. 6 de la propuesta habilitaba al prestamista para solicitar al consumidor –y, en su caso, al avalista–, «datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos para evaluar su situación financiera y su capacidad de reembolso», solicitud a la que el consumidor debía responder «de manera precisa y completa»[32], y «con honestidad»[33]; y señalaba en su apartado 3 que, atendiendo a la información recabada, «[E]l prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, buscarán entre los contratos de crédito que ofrezcan, o de los contratos para los que intervengan habitualmente, el tipo y el importe total del crédito mejor adaptados, teniendo en cuenta la situación financiera del consumidor, los riesgos, las ventajas y las desventajas del producto propuesto y el objetivo del crédito»[34].

A pesar de la valoración positiva del CESE de las medidas relativas al préstamo responsable y el deber de asesoramiento[35], el Parlamento Europeo rechazó la propuesta inicial de Directiva. Según señaló en su informe, la Comisión no tenía en cuenta que el sobreendeudamiento tenía su origen principalmente en acontecimientos inesperados (desempleo, divorcio, enfermedad) y en la actuación ilícita de los deudores; y que las

[31] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 209.

[32] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], p. 227.

[33] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 209.

[34] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], p. 227.

[35] *Vid*. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 9, que incluso señaló que «hubiera sido deseable que se hubiese aprovechado la oportunidad para ir más lejos, previendo mecanismos de actuación para hacer frente a las situaciones declaradas de endeudamiento excesivo».

medidas sugeridas podían tener el efecto indeseable de encarecer los créditos y dificultar el acceso a ellos a los estratos sociales más desfavorecidos. Frente a la opinión de las asociaciones de defensa de los consumidores, que apoyaron la orientación de la propuesta de la Comisión, el Parlamento Europeo primó la visión de la banca:

> «El sector bancario, la industria y las empresas temen que este u otros tipos de créditos no puedan ofrecerse como consecuencia de las disposiciones de la Directiva. La Comisión ha pasado por alto este aspecto. Por tanto, al ponente le resulta difícil evaluar esta cuestión. Lo mismo ocurre con la afirmación de que los créditos se encarecerán como consecuencia de lo dispuesto en la Directiva. A la luz de estas reacciones, la evaluación de las repercusiones de la Directiva llevada a cabo por la Comisión parece insuficiente.»[36]

En consecuencia, el Parlamento Europeo eliminó el Considerando 15 relativo al principio de préstamo responsable en el marco del deber general de asesoramiento por considerar que se trataba de «una redundancia de las obligaciones inherentes al crédito», ya que «los prestamistas comprueban de hecho si el consumidor o el garante están en condiciones de hacer frente a sus obligaciones, con objeto de reducir el riesgo»[37]. Como quedó patente con la crisis económica iniciada en el año 2008, el Parlamento Europeo se mostraba en este punto ingenuo al ignorar las posibilidades de cesión de las carteras de créditos de alto riesgo. En cambio, añadió un Considerando 15 bis, que recogía el deber

[36] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Exposición de Motivos, Observaciones, pp. 87-88.

[37] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Enmienda 17, pp. 15-16. Este cambio había sido propuesto por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios que, sin embargo, había mantenido el Considerando 15 con una nueva redacción («En virtud del principio de «préstamo responsable», corresponde al prestamista comprobar si un consumidor o, en su caso, un avalista, está en disposiciones de respetar nuevos compromisos.»), y la había justificado en los siguientes términos: «El prestamista o el intermediario de crédito solamente pueden satisfacer la obligación de asesoramiento efectuando una investigación detallada de los asuntos personales del consumidor, lo que va más allá de lo necesario para prestar asesoramiento financiero. Este proceso supondría una intrusión inaceptable en la vida de los consumidores y sería inviable, especialmente en el caso de los créditos facilitados en el punto de venta, ofrecidos a distancia o mediante canales de venta directa.» [cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], de 19 de febrero de 2004 (anexa al informe del Parlamento Europeo), Enmienda 9, pp. 99-100].

de los consumidores y avalistas de «actuar con prudencia y respetando sus obligaciones contractuales»[38], sobre quienes sí parecía pesar una presunción de irresponsabilidad[39].

El Parlamento Europeo reflejó este cambio de enfoque suprimiendo el art. 9, en la línea del criterio que había mostrado con anterioridad la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios:

> «Con esta norma se introduce el principio según el cual el prestamista no puede suscribir el contrato de crédito o de garantía a menos que esté razonablemente convencido de que el consumidor o el avalista pueden cumplir las obligaciones. Este principio no tiene sentido ya que el prestamista, por definición, tiene interés en evaluar atentamente la capacidad de reembolso del deudor, en virtud de los criterios de gestión seria y prudente, y las modalidades técnicas de dicha evaluación forman parte del libre ejercicio de la actividad empresarial.
>
> Además, cabe preguntarse cómo se evaluará el comportamiento del prestamista cuando, ante la solicitud de crédito del consumidor, exija de éste un aval; en otros términos, la propia solicitud de aval podría considerarse una evaluación posterior que indicaría la incapacidad del deudor de respetar las obligaciones que se derivan del contrato de crédito. Según esta lógica, los efectos sobre el comportamiento del prestamista serían evidentes en caso de que el consumidor se encontrara excesivamente endeudado por causas ajenas al crédito (por ejemplo, pérdida del empleo o enfermedad), y también se producirían efectos negativos en la oferta del crédito, ya que el prestamista no asumiría riesgos si el consumidor ya hubiera estado, aunque fuera solo una vez, en situación de incumplimiento.»[40]

Asimismo, el Parlamento modificó el art. 6 (que pasó a denominarse «préstamo y endeudamiento responsables»), con el siguiente tenor:

---

[38] Según justificaba el Parlamento Europeo, «La enmienda refleja la preocupación que la Comisión expresa en la exposición de motivos respecto al fomento del endeudamiento responsable entre los consumidores (comentario sobre el artículo 9 de la página 17 del texto de la Comisión)» [cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Enmienda 18, p. 16].

[39] En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E: "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 149, enero-marzo, 2018, pp. 65-94, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[40] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO: Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], de 19 de febrero de 2004 (anexa al informe del Parlamento Europeo), Enmienda 55, p. 117.

«1. El prestamista y, cuando proceda, el intermediario de crédito y el consumidor están obligados a respetar el principio de concesión responsable de créditos. La concesión responsable de créditos obliga al prestamista y al consumidor a aplicar la norma de la información y las prácticas previas a la suscripción del contrato; asimismo obliga al prestamista a examinar la solvencia del consumidor sobre la base de la información facilitada por éste.

2. […] Antes de concluir el contrato, el prestamista deberá informar por escrito de forma clara y comprensible lo siguiente: […]

3. Antes de concluir el contrato, el consumidor deberá informar al prestamista y, si procede, al intermediario de crédito, de lo siguiente: a bis) cuantía total de sus créditos corrientes; a ter) cuantía total de sus ingresos mensuales; a quáter) cuantía total de sus cargas corrientes; a quinquies) cualesquiera otras informaciones que sean necesarias para evaluar su fiabilidad y su solvencia para el reembolso del crédito y que el prestamista o el intermediario de crédito le soliciten;

4. El prestamista examinará la solvencia del consumidor basándose en la información facilitada de conformidad con el apartado 3 y, si procede, recurriendo a una base de datos.

5. La carga de la prueba de que se ha ofrecido la información mencionada en el apartado 2 recaerá sobre el prestamista. La carga de la prueba de que se ha ofrecido la información mencionada en el apartado 3 recaerá sobre el consumidor.»[41]

Así, la nueva redacción del art. 6 recogía un deber recíproco de información entre el prestamista y el consumidor con carácter previo a la conclusión del contrato, con base en la cual el prestamista quedaba obligado a examinar la solvencia del consumidor. Con anterioridad, la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios se había pronunciado en este mismo sentido, señalando:

«[P]ara conceder préstamos de manera responsable, los prestamistas deben disponer de la máxima información sobre la situación financiera del consumidor para saber si pueden conceder el crédito y con qué límites con el fin de evitar dificultades de reembolso.»[42]

Desaparecía, por tanto, la obligación de evaluar la solvencia atendiendo al resultado de la consulta obligatoria de bases de datos (con el apoyo de la Comisión de Asuntos

[41] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO: Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Enmienda 65, pp. 35-38.

[42] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO: Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], de 19 de febrero de 2004 (anexa al informe del Parlamento Europeo), Enmienda 38, p. 111.

Económicos y Monetarios[43], a pesar de la opinión antes citada); deber que fue suprimido en el art. 8, junto con la previsión de creación de una base de datos centralizada[44].

Finalmente, el Parlamento Europeo suprimió del art. 6 el deber del prestamista de buscar entre los contratos de crédito «el tipo y el importe total del crédito mejor adaptados, teniendo en cuenta la situación financiera del consumidor, los riesgos, las ventajas y las desventajas del producto propuesto y el objetivo del crédito»[45]. Para justificar su eliminación, la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, favorable a la misma, había indicado que, en su lugar, «se podrá proteger al consumidor mediante la imposición de un deber general de cuidado al prestamista»[46], deber que, sin embargo, no quedó recogido en la literalidad del texto del Parlamento Europeo.

En suma, según el Parlamento Europeo, con estas modificaciones «[E]l principio del crédito responsable se amplía y abarca ahora las obligaciones precontractuales del

[43] *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO: Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], de 19 de febrero de 2004 (anexa al informe del Parlamento Europeo), Enmienda 49, p. 114.

[44] Este deber quedó sustituido por una mera garantía de acceso a los prestamistas, en igualdad de condiciones, a las bases de datos situadas en el territorio de otros Estados miembros, así como el derecho del consumidor de ser informados del resultado de la consulta [*vid.* PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Enmienda 72, pp. 41-42].

[45] *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO: Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Enmienda 65, pp. 37-38.

[46] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO: Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], de 19 de febrero de 2004 (anexa al informe del Parlamento Europeo), Enmienda 44, p. 113.

prestamista y del consumidor», mientras que «[L]a obligación de comprobar la solvencia se mantiene»[47].

Lo cierto es, que los cambios introducidos por el Parlamento Europeo, que obligaron a la Comisión a proponer un nuevo texto de la Directiva[48] en el año 2005, supusieron en realidad una rebaja en los niveles de exigencia del préstamo responsable[49].

La versión revisada de la propuesta de Directiva eliminó el Considerando 15 que hacía referencia al «*principio* de "préstamo responsable"» y el art. 9 («Préstamo responsable»)[50], y limitó la virtualidad de éste, eliminando la obligación de asesoramiento[51] y adecuación del préstamo en interés del cliente, asociándolo, en una nueva redacción del art. 5 («Información precontractual»), a la obligación de proporcionar información y evaluar la solvencia del consumidor con base únicamente en la información proporcionada por éste:

> «Artículo 5
>
> Información precontractual
>
> 1. El prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, están obligados a respetar el principio de concesión responsable de créditos. En consecuencia, el prestamista y, cuando proceda, el

[47] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO: Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)), Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Exposición de Motivos, Enmiendas, p. 89.

[48] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], que modificó, tras la consulta a los Estados Miembros y las partes interesadas, la propuesta revisada anterior (COM/2004/0747 final - COD 2004/0222) adoptada el 28 de octubre de 2004 (*vid.* Exposición de Motivos, p. 2; pp. 5-9).

[49] *Vid.* MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", *Derecho de los negocios*, Año nº 20, Nº 225, 2009, pp. 5-22, consultado en Smarteca, p. 2; ARROYO AMAYUELAS, E: "La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 149, enero-marzo, 2018, pp. 65-94 [consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas].

[50] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 15; p. 30.

[51] Según la Exposición de Motivos, «la obligación de facilitar asesoramiento al consumidor en la fase precontractual se ha precisado y adaptado a las circunstancias de la oferta de crédito», pero lo cierto es, que el propio término «asesoramiento» quedó erradicado del texto revisado de la propuesta (cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 2).

intermediario de crédito, cumplirán sus obligaciones en lo que se refiere a facilitar información precontractual y la obligación del prestamista de examinar la solvencia del consumidor sobre la base de la información precisa facilitada por éste y, en su caso, de la consulta de las bases de datos pertinentes.

Cuando el contrato permita al prestamista modificar el importe total del crédito tras la fecha de suscripción del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluará su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito. […]»[52]

De este modo, la obligación de consultar bases de datos para la evaluación de la solvencia fue eliminada[53].

La Comisión justificó estas modificaciones sin eludir la incidencia que en ellas había tenido el *lobby* bancario[54]:

«El prestamista debe evaluar la solvencia del consumidor a partir de la información que éste le revele y, cuando proceda, mediante la consulta de bases de datos. De la amplia consulta realizada en el sector bancario la Comisión no ha deducido que esta obligación origine costes adicionales para los bancos, ya que responde a buenas prácticas del sector.

Se ha modificado el concepto de deber de asesoramiento. Frente a algunas peticiones del sector bancario, la Comisión mantiene que el prestamista no sólo debe cumplir los requisitos de información precontractual sino que, además, debe facilitar explicaciones complementarias para que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento. Sin embargo, en respuesta a una petición del sector bancario y algunos Estados miembros, se precisó que el consumidor es siempre el responsable final de su decisión de suscribir un contrato de crédito, por lo que la referencia al asesoramiento se especifica como la obligación de facilitar al consumidor las explicaciones

---

[52] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 25

[53] En su lugar, la Comisión se limitó garantizar el acceso de los prestamistas a las bases de datos de otros Estados Miembros en condiciones no discriminatorias; y el derecho del consumidor a conocer el resultado de la consulta a la base de datos, manteniendo así el criterio del Parlamento Europeo [*vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 15, modificación del antiguo Considerando 12 (Considerando 21 en su nueva redacción); y p. 29, modificación del art. 8]. Según la Comisión, esta regulación «no implica costes adicionales para el sector, como en el caso de la disposición anterior, sino que, por el contrario, contribuirá a reducir una de las barreras que entorpecen el crédito transfronterizo al consumo.» (cfr. Exposición de Motivos, *ibidem*, p. 7).

[54] Sobre la evolución del texto de la DCC desde su propuesta inicial, y la influencia del *lobby* bancario, *vid.* RAMSAY, I.: "Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", LECZYKIEWICZ, D. / WEATHERILL, S. (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 166-168.

necesarias para que éste pueda sopesar las ventajas y los inconvenientes del préstamo. Asimismo, se ha dejado a los Estados miembros una mayor flexibilidad para adaptar sus disposiciones de transposición a la situación comercial de sus mercados.»[55]

Esta noción de préstamo responsable, mucho más limitada que la inicialmente propuesta por la Comisión Europea, fue finalmente adoptada por la Directiva DCC[56] en el año 2008.

La Directiva DCC reconoce en su considerando 26:

«Los Estados miembros deben tomar las medidas adecuadas para promover unas prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia, teniendo en cuenta las peculiaridades de su mercado crediticio. […] En un mercado crediticio en expansión, en particular, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra. Sin perjuicio de lo dispuesto sobre el riesgo del crédito en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio [DO L 177 de 30.6.2006, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2008/24/CE (DO L 81 de 20.3.2008, p. 38)], los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor. A tal efecto, se les deberá permitir servirse de la información facilitada por el consumidor no solo durante la preparación del contrato de crédito, sino también durante toda la relación comercial. Las autoridades de los Estados miembros podrían también dar instrucciones y orientaciones adecuadas a los prestamistas. Los consumidores, por su parte, deben actuar con prudencia y cumplir sus obligaciones contractuales.»

Entre las «prácticas previas a la celebración del contrato de crédito» que señala en su Capítulo II, el art. 8 de la DCC regula la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, en los siguientes términos:

«1. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente,

[55] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], pp. 6-7.

[56] Un resumen de los antecedentes del procedimiento legislativo se encuentra en el Dictamen de la Comisión de conformidad con el artículo 251, apartado 2, párrafo tercero, letra c), del Tratado CE relativo a las enmiendas del Parlamento Europeo a la Posición Común del Consejo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo, que modifica la propuesta de la Comisión de conformidad con el artículo 250, apartado 2, del Tratado CE por el que se modifica la propuesta de la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE, Bruselas, 25.2.2008 [COM(2008) 117 final, 2002/0222 (COD)], p. 2.

facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.

2. Los Estados miembros velarán por que, si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.»

En suma, y tras las modificaciones adoptadas por la Comisión sobre su propuesta inicial, el préstamo responsable quedó delineado en la DCC como una obligación precontractual:

- de información recíproca entre el prestamista (sobre las características y condiciones del préstamo) y el prestatario (sobre su situación financiera);
- de evaluación de la solvencia del prestatario sobre la base de la información facilitada por éste al prestamista, «y, cuando proceda», de la obtenida de la consulta de bases de datos; y
- de reevaluación de la solvencia con base en información actualizada del prestatario cuando se aumente significativamente el importe total del crédito tras su suscripción.

Sin perjuicio de la influencia que la DCC ha tenido a nivel internacional[57], en opinión del CESE, «Esta Directiva [2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo], basada en la información al consumidor, no resulta suficiente para evitar el sobreendeudamiento.»[58].

[57] *Vid.* ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD): *G20 High Level Principles on Financial Consumer Protection*, October 2011; WORLD BANK: *Good Practices for Financial Consumer Protection*, Washington, DC, 2017, pp. 9-45. Así lo destaca RAMSAY, I.: "Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", ob. cit., p. 168.

[58] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, C 311/43.

Atendiendo a lo previsto en su art. 27.2, y en el marco de la Nueva Agenda del Consumidor[59], la Comisión Europea ha llevado a cabo una evaluación completa de la DCC, incluida una consulta pública entre enero y abril de 2019, en la que constata que «las disposiciones relativas a las evaluaciones de la solvencia y a las bases de datos sobre crédito no han sido plenamente eficaces». En particular, destaca las siguientes deficiencias en relación con esta normativa: (*i*) inseguridad jurídica derivada de la redacción ambigua de las disposiciones sobre evaluación de la solvencia; (*ii*) indefinición de «la información para comprobar o las condiciones en las que el prestamista puede considerar que el consumidor es solvente»; (*iii*) falta de armonización de los requisitos de acceso a las bases de datos por prestamistas de otros Estados miembros que, junto con las diferencias en el contenido de la base de datos de cada Estado miembro, dificultan la evaluación de la solvencia en las operaciones transfronterizas; y (*iv*) divergencias en la transposición por los Estados miembros de los requisitos genéricos de los arts. 8 y 9 de la DCC. Todo ello ha generado «una situación fragmentada en lo que respecta a las normas de la evaluación de la solvencia, así como la interoperabilidad de las bases de datos, lo que dificulta un mejor funcionamiento del mercado interior del crédito al consumo»; disparidad a la que hay que añadir, además, la derivada de los distintos tipos y niveles de las sanciones (*v. gr.* civiles, administrativas, penales) impuestas por las autoridades nacionales ante incumplimientos de la DCC[60].

En vista de lo anterior, y de la evolución en el mercado de crédito al consumo derivada de la digitalización y de los cambios en las preferencias de los consumidores, la Comisión ha considerado necesario revisar determinadas disposiciones de la DCC –entre ellas, las relativas a la evaluación de la solvencia–, para lo cual ha emitido una nueva Propuesta de Directiva relativa a los créditos al consumo (en adelante, la "Propuesta de

[59] *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Nueva Agenda del Consumidor: Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible", Bruselas, 13.11.2020 [COM(2020) 696 final], Acción 10, p. 15; donde se destaca: «La revisión de la Directiva sobre crédito al consumo implicará evaluar la manera de mejorar las normas que garantizan que los créditos solo se otorguen junto con una evaluación exhaustiva de la solvencia de los consumidores.» (cfr. Ibidem, p. 19).

[60] *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, Bruselas, 5.11.2020 [COM(2020) 963 final], pp. 3, 6-8. En relación con este informe, *vid.* EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2008/48/EC on credit agreement for consumers, Brussels, 5.11.2020 [SWD(2020) 254 final].

DCC 2021")[61] que –como veremos a lo largo de los distintos epígrafes–, plantea cambios relevantes en el régimen actualmente vigente.

Sin perjuicio de la reforma propuesta, la Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos[62], modifica la DCC para introducir un nuevo art. 16 bis de acuerdo con el cual los prestamistas deberán disponer de políticas y procedimientos que les lleven, «cuando corresponda», a mostrar «una tolerancia razonable antes de que se inicie un procedimiento de ejecución», adoptando para ello medidas de reestructuración del contrato de crédito, a través de la modificación de sus condiciones o la refinanciación total o parcial, para lo cual «tendrán en cuenta, entre otros elementos, las circunstancias del consumidor»[63]. Esta modificación, que deberá transponerse en nuestro Derecho interno antes del 29 de diciembre de 2023, podría suponer la obligación de los prestamistas de refinanciar a prestatarios que han incurrido en impago, lo que, como analizaremos más adelante, tiene importantes implicaciones en la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario.

2.2. La Directiva de Crédito Hipotecario (DCI)

El Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE de 1995 puso de relieve la necesidad de contar con una regulación tuitiva de los consumidores en el ámbito hipotecario:

[61] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)].

[62] Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE, DOUE, L 438, 8.12.2021, pp. 1–37.

[63] El art. 16 bis introducido en la DCC por el art. 27.2 de la Directiva (UE) 2021/2167, establece: «1. Los Estados miembros exigirán a los prestamistas que dispongan de políticas y procedimientos adecuados que les lleven, cuando corresponda, a mostrar una tolerancia razonable antes de que se inicie un procedimiento de ejecución. Las correspondientes medidas de reestructuración o refinanciación tendrán en cuenta, entre otros elementos, las circunstancias del consumidor y podrán consistir, entre otras posibilidades, en: a) una refinanciación total o parcial de un contrato de crédito; b) una modificación de las condiciones existentes de un contrato de crédito, que podrá incluir, entre otros elementos: i) la prórroga del período de vigencia del contrato de crédito, ii) la modificación del tipo de contrato de crédito, iii) el aplazamiento del pago de la totalidad o de parte de las cuotas de amortización durante un período, iv) el cambio del tipo de interés, v) la posibilidad de una suspensión del pago, vi) reembolsos parciales, vii) conversiones de moneda, viii) la condonación parcial y la consolidación de la deuda. 2. La lista de las posibles medidas de reestructuración o refinanciación establecida en el apartado 1, letra b), se entenderá sin perjuicio de las normas establecidas en el Derecho nacional y no obliga a los Estados miembros a prever todas esas medidas en su Derecho nacional. […]».

«Cuando un consumidor financia una obra de renovación [de un inmueble] mediante un préstamo concedido al efecto, no se aplica la Directiva. Si esa misma obra se financia mediante un préstamo persona, sí se aplica. Esta situación no es coherente. La compra de una vivienda es el acto de consumo más importante de la vida de un consumidor. Es paradójico que exista una legislación comunitaria en materia de crédito al consumo y ninguna en materia de crédito inmobiliario. Por consiguiente, la Comisión estudia la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de los préstamos para obras no garantizados mediante hipoteca y la pertinencia de elaborar una Directiva en materia de crédito hipotecario.» [64]

Posteriormente, la Comisión incluyó la concesión responsable de préstamo en su Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE[65] como uno de los extremos esenciales que era preciso abordar mediante la adopción de medidas legislativas[66]:

«Contratar un crédito hipotecario es una decisión importante para cualquier consumidor. A juicio de la Comisión, ningún mercado puede ser eficiente si los consumidores no confían en él, están bien informados y son capaces de buscar y elegir el producto hipotecario más adaptado a sus necesidades, con independencia de dónde radique el prestamista. A fin de poder hacer una elección adecuada, los consumidores deben disponer de información clara, correcta, completa y comparable sobre los diferentes productos hipotecarios.

La Comisión considera esencial que los prestamistas hipotecarios otorguen préstamos de manera responsable, en particular analizando en profundidad la capacidad del prestatario para abonar los plazos correspondientes a la operación prevista. Disponen de diversos recursos para ello, por ejemplo, la consulta de una base de datos. 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.

Un buen asesoramiento, que comprenda el asesoramiento jurídico, es importante para aumentar la confianza del consumidor. Es preciso distinguirlo de la información, que no es sino una mera descripción del producto. La Comisión desea promover criterios rigurosos de asesoramiento

[64] COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final], p. 46.

[65] COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007 [COM(2007) 807 final], en el que resume las conclusiones del estudio llevado a cabo sobre el funcionamiento y el grado de integración de los mercados de crédito hipotecario, incluyendo en el análisis los préstamos garantizados mediante hipoteca u otra garantía comparable, y los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles (*vid. ibidem*, Introducción, p. 2). Si bien el Libro Blanco tomaba en consideración las enseñanzas que cabía extraer de la –entonces, recientemente iniciada– crisis financiera, no constituía en sí mismo una respuesta a la misma (*vid. ibidem*, p. 2).

[66] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007 [COM(2007) 807 final], Consecución de los objetivos, p. 6.

hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento.»[67]

Asimismo, señaló los principios que orientarían su futura propuesta de Directiva:

«La Comisión considera que – en interés de todos los interesados (consumidores, inversores, accionistas de las entidades prestamistas, etc.) – los prestamistas e intermediarios de crédito hipotecario deberían estar obligados a evaluar la solvencia del prestatario adecuadamente, por todos los medios apropiados, antes de otorgarle un crédito hipotecario. Ha de velarse también por que los prestamistas hipotecarios no sean discriminados en el acceso transfronterizo a los registros de crédito, y que los datos crediticios circulen sin dificultad, cumpliendo siempre las normas europeas sobre protección de datos.

La Comisión opina que los prestamistas hipotecarios deben facilitar al consumidor información completa y las adecuadas explicaciones, de modo que éste pueda hacer su elección con conocimiento de causa, pero no deben estar legalmente obligados a ofrecer asesoramiento. La obligación de asesorar repercutiría negativamente en los precios de las hipotecas y limitaría la gama de productos a disposición del consumidor, pues los prestamistas, como es lógico, asesorarían en relación con su propia gama de productos. El asesoramiento debe facilitarse a petición del consumidor, ya sea a través de un asesor independiente o del prestamista. Ahora bien, cuando se proporcione, debe responder a principios muy estrictos. Al respecto, es esencial que los consumidores puedan obtener consejo objetivo, basado en su propio perfil y acorde con la complejidad de los productos y los riesgos en juego. Asimismo, es esencial que los consumidores aporten al asesor información completa y exacta.»[68]

Como se puede observar, la Comisión se hacía eco en el año 2007, en el ámbito hipotecario, de las concesiones a la banca que había hecho en el ámbito del crédito al consumo en su propuesta revisada de DCC, especialmente en cuanto a la obligatoriedad del asesoramiento a los consumidores; y ello en plena crisis económica, lo que lo hace aún más sorprendente.

Con todo, la Comisión destacó en sus conclusiones «la importancia que una buena información, una actitud responsable en la concesión y contratación de los préstamos, y

[67] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007 [COM(2007) 807 final], Introducción, p. 5.

[68] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007 [COM(2007) 807 final], Consecución de los objetivos, p. 9.

un asesoramiento riguroso a los consumidores tienen de cara a que éstos puedan adquirir el producto que más se adapte a sus necesidades»[69].

La propuesta revisada de DCC justificó la exclusión definitiva de los contratos de crédito garantizados por una hipoteca sobre un inmueble de su ámbito de aplicación, dado el «carácter específico propio» de estos contratos[70]:

> «La primera propuesta modificada abarcaba los préstamos hipotecarios para fines de consumo (*equity releases*) pero excluía los contratos de crédito destinados a la adquisición de una vivienda. Sin embargo, para el prestamista es muy difícil, si no imposible, determinar la finalidad de un préstamo, puesto que no controla el uso del dinero que presta. Además, los contratos de crédito hipotecario son, por lo general, instrumentos muy específicos con características particulares que requieren un tratamiento distinto, con independencia de la finalidad del préstamo. En consecuencia, la Comisión ha excluido del ámbito de aplicación los préstamos hipotecarios para fines de consumo, lo que responde a una enmienda del Parlamento Europeo plenamente respaldada por el sector.»[71]

Así, la Comisión presentó en 2011 su propuesta de Directiva DCI[72] «en el contexto de los esfuerzos dirigidos a crear un mercado interior de crédito hipotecario y con el trasfondo de la crisis financiera»[73]; lo que explica su enfoque más fuertemente tuitivo del consumidor respecto de la DCC, y el fortalecimiento de la regulación de la oferta de crédito para combatir el sobreendeudamiento[74].

---

[69] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007 [COM(2007) 807 final], Conclusiones, p. 13.

[70] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], modificación del Considerando 7 (Considerando 13 en la nueva redacción), p. 13; modificación del art. 3 (art. 2 en la nueva redacción), p. 19.

[71] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2], Exposición de Motivos, p. 5.

[72] COMISIÓN EUROPEA: 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)].

[73] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 2.

[74] *Vid.* RAMSAY, I.: "Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", ob. cit., pp. 160-161.

La propuesta de DCI complementaba la Directiva DCC al establecer un marco similar para el crédito hipotecario[75], con un doble objetivo: proporcionar a los consumidores, prestamistas e intermediarios de crédito un mercado único eficiente y competitivo con un elevado grado de protección; y garantizar un funcionamiento responsable de los mercados de crédito hipotecario para favorecer la estabilidad financiera[76]. Según señalaba la propia propuesta, la Directiva retomaba «las disposiciones sobre normas de conducta» de la DCC, si bien teniendo en cuenta las características específicas del crédito hipotecario, «por ejemplo […] haciendo más rigurosas las disposiciones sobre evaluación de la solvencia.»[77]. En este sentido, al llevar a cabo la evaluación de impacto, la Comisión destacaba entre los problemas que sufren los mercados hipotecarios de la UE por irresponsabilidad en la fase precontractual de la concesión y contratación de préstamos «[el] asesoramiento inadecuado; y [las] evaluaciones deficientes de la idoneidad y la solvencia»[78].

[75] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 5.

[76] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 2; cfr. Considerando 9: «El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los créditos otorgados a consumidores disfruten de un elevado grado de protección.».

[77] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 5; cfr. Considerando 14: «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».

[78] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Consulta de las partes interesadas y evaluación de impacto, p. 6; donde la Comisión destacaba, en relación con la consulta pública realizada con carácter previo a la elaboración de la propuesta de Directiva: «Tres de los aspectos de una posible actuación de la UE que mejor acogida tuvieron entre los distintos interesados son la obligación de realizar una evaluación de la solvencia, la necesidad de facilitar información precontractual clara, comprensible y comparable, y la necesidad de garantizar que todos cuantos intervienen en el mercado crediticio estén sujetos a una adecuada regulación y supervisión.».

La propuesta de DCI incluía en su art. 5 las «Normas de conducta en la concesión de crédito al consumidor» para «garantizar una elevada profesionalidad en la concesión de crédito hipotecario»[79]:

> «1. Los Estados miembros exigirán que el prestamista o el intermediario de crédito actúen honesta, imparcial y profesionalmente, en el mejor interés de los consumidores, cuando concedan créditos a estos, o les presten servicios de intermediación o asesoramiento al respecto y, en su caso, servicios accesorios.
>
> 2. Los Estados miembros velarán por que la forma en que los prestamistas remuneren a su personal y a los pertinentes intermediarios de crédito, y la forma en que estos últimos remuneren a su personal, no impidan cumplir la obligación de actuar en el mejor interés de los consumidores, de conformidad con el apartado 1.»[80]

La propuesta concretaba esta obligación de actuación en el mejor interés del cliente en el deber de conocer a su cliente, no sólo a través de la evaluación de la solvencia propiamente dicha, sino también mediante la evaluación de sus conocimientos y experiencia en materia de crédito a fin de determinar el nivel de las «explicaciones adecuadas» que, de conformidad con el art. 11, los prestamistas estaban obligados a ofrecer:

> «Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito faciliten al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen, y sobre todo posible servicio o servicios accesorios, al objeto de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera. Una explicación adecuada incluirá información personalizada sobre las características de los créditos ofrecidos, aunque sin formular ninguna recomendación. Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito evaluarán con precisión el nivel de conocimientos y de experiencia del consumidor en materia de crédito, por cualesquiera medios necesarios, de tal forma que el prestamista o el

[79] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Información adicional, p. 11, que destacaba, en particular la obligación de actuar en el mejor interés del cliente. En este sentido, el Considerando 16 ponía en clara relación este principio de actuación en el mejor interés del cliente con la recuperación de la confianza en el mercado: «El marco jurídico aplicable debe infundir en los consumidores confianza en que los prestamistas y los intermediarios de crédito actúan al servicio de los intereses de los consumidores. Para instaurar la confianza, es fundamental garantizar en el sector un elevado grado de equidad, honestidad y profesionalidad. […]» [cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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)], p. 19].

[80] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 30.

intermediario determinen el nivel de explicaciones que han de facilitarse a aquel, y las adapten en consecuencia. […]»[81]

Este deber del prestamista de «asistencia suplementaria» al consumidor para decidir qué producto crediticio de entre los propuestos se ajusta mejor a sus necesidades y su situación financiera, consiste en la explicación personalizada al consumidor de las características esenciales de cada uno de los productos de manera que el consumidor pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica[82].

Frente a este deber de asistencia, el art. 17 de la propuesta de DCI[83] no introdujo la obligación de prestar asesoramiento, sino que se limitó a garantizar su prestación separada e informada y la transparencia de su remuneración. El asesoramiento quedó definido como la prestación de una recomendación personalizada sobre contratos de crédito adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del consumidor, para ofrecerle una gama de productos basada en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los productos disponibles en el mercado y en un examen detenido de la situación personal y financiera del consumidor, y de sus preferencias y objetivos, sobre los cuales se debe recabar información actualizada, así como en hipótesis razonables sobre la situación del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato de crédito propuesto[84].

Por su parte, el art. 14 de la propuesta de DCI regulaba la obligación de evaluar la solvencia del consumidor «atendiendo a las circunstancias personales de este y basándose en información suficiente»[85]. El art. 14.1 disponía:

«1. Los Estados miembros velarán por que, antes de celebrar el contrato de crédito, el prestamista evalúe en profundidad la solvencia del consumidor, basándose en criterios tales como los ingresos

[81] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 35.

[82] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Considerando 22, p. 20.

[83] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 40.

[84] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Considerando 31, p. 23; Información adicional, p. 12.

[85] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Información adicional, p. 12.

de este, sus ahorros, sus deudas y otros compromisos financieros. La evaluación se basará en la información necesaria obtenida por el prestamista o, en su caso, el intermediario de crédito, a través del consumidor y de las fuentes internas o externas que resulten pertinentes, y se atendrá a los requisitos de necesidad y proporcionalidad según lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE. […]»[86]

El Considerando 24 de la propuesta de DCI señalaba que la evaluación debía tomar en consideración «la totalidad de los factores que puedan influir en la capacidad de un consumidor para reembolsar el préstamo», y citaba entre ellos los ingresos del consumidor, sus gastos periódicos, su calificación crediticia, su historial de crédito, su capacidad de hacer frente a las adaptaciones de tipos de interés, y otros compromisos de crédito existentes; y dejaba a los Estados miembros la potestad de formular orientaciones sobre el método y los criterios aplicables para la evaluación, fijando, por ejemplo, límites a la ratio préstamo-valor o a la ratio préstamo-ingresos[87]. Por lo demás, la propuesta de DCI facultaba en el apartado 5 del art. 14 a la Comisión para adoptar actos delegados para detallar y modificar los criterios aplicables para evaluar la solvencia y garantizar que los productos de crédito no sean inadecuados para el consumidor[88], delegación que finalmente fue eliminada del texto final de la Directiva (*vid.* art. 40 DCI).

En línea con lo establecido en el art. 11 en el marco de las explicaciones adecuadas, el apartado 4 del art. 14 disponía:

«4. Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y los intermediarios de crédito, además de evaluar la solvencia del consumidor, recaben la información necesaria sobre su situación personal y financiera, sus preferencias y objetivos, y sopesen un número suficientemente amplio de contratos de crédito, dentro de su gama de productos, al objeto de identificar productos que no resulten inadecuados para aquel, habida cuenta de sus necesidades, su situación financiera y sus circunstancias personales. Se basarán, para ello, en información que esté actualizada en la fecha de

[86] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 37. Asimismo, el apartado 3 del mismo artículo 14 preveía la actualización de la información y reevaluación de la solvencia del consumidor con carácter previo a cualquier incremento significativo del importe total del crédito otorgado.

[87] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 21.

[88] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], pp. 37-38; Considerando 39, p. 25.

que se trate, y en hipótesis razonables sobre la situación del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato de crédito propuesto.»[89]

Se reconocía así el deber del prestamista de identificar los productos adecuados a las necesidades, situación financiera y circunstancias personales del cliente, esto es, a su mejor interés.

En este sentido, el art. 15 de la propuesta de DCI regulaba la obligación de información que incumbe al consumidor para la evaluación de su solvencia, entendida como una exigencia de «contratación de préstamos responsable»[90], según la cual los consumidores quedaban obligados a facilitar «información completa y correcta sobre su situación financiera y sus circunstancias personales», que debía poder quedar avalada por pruebas documentales verificables de manera independiente[91].

Asimismo, el apartado 2 del art. 15 reconocía –en el contexto de la eventual negativa del consumidor de facilitar la información necesaria para la evaluación de la solvencia– que la falta de evaluación implicaba «la imposibilidad de otorgar el crédito»[92].

El art. 14 no preveía la obligatoriedad de consultar una base de datos (cuyo acceso quedaba regulado en su art. 16) para la evaluación de la solvencia, sino que se limitaba a garantizar la información al consumidor sobre su eventual consulta por parte del prestamista, especialmente en caso de denegarse el crédito en razón de la información de una base de datos consultada o de la ausencia de información en la misma [art. 14.2, apartados c) y d)][93].

---

[89] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 38.

[90] COMISIÓN EUROPEA: 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)], Información adicional, p. 12.

[91] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 38.

[92] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 39.

[93] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 37. En el mismo sentido, se reconocía el derecho del consumidor a ser informado de que la negativa a la concesión responde a una decisión automática o basada en métodos tales como el de evaluación automática del riesgo de crédito (*credit scoring*) y de la lógica que subyace a la decisión automática; así como la posibilidad de que el consumidor solicite que la decisión se revise por procedimientos manuales [*vid.* p. 38, art. 14.2 apartados e) y f); Considerando 29, p. 22].

Finalmente, a diferencia de la Directiva DCC, el apartado 2 del art. 14 de la propuesta de DCI introducía con claridad «la obligación de que el prestamista deniegue la concesión del crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos»[94]:

> «2. Los Estados miembros velarán por que:
>
> 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 Considerando 25 declaraba al respecto, con rotundidad, que «Toda evaluación de solvencia negativa indicará al prestamista que el consumidor no tiene la capacidad de hacer frente al crédito, por lo que no debe concedérsele»; a la vez que reconocía que «El hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito»[95].

Así, mientras que en la DCC solamente se establecía la obligación de evaluar la solvencia con carácter previo a contratar, en la propuesta de Directiva DCI se iba un paso más allá al disponer la obligación de denegar el préstamo cuando el resultado de la evaluación fuese negativo.

Sin embargo, el texto de la DCI finalmente adoptado[96] introdujo determinados matices que, como veremos, desviaron notablemente la regulación de la propuesta de Directiva. El art. 18 de la DCI regula la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en los términos siguientes:

> «1. Los Estados miembros velarán por que, antes de celebrar un contrato de crédito, el prestamista evalúe en profundidad la solvencia del consumidor. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito.
>
> 2. Los Estados miembros velarán por que se establezcan, documenten y actualicen los procedimientos y la información en que se base la evaluación.

[94] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Información adicional, p. 12.

[95] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Considerando 25, p. 21.

[96] Sobre el proceso legislativo de la DCI, en contraste con el de la DCC, *vid*. RAMSAY, I.: "Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", ob. cit., pp. 168-170.

3. La evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien inmueble de uso residencial.

4. Los Estados miembros velarán por que, 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.

5. Los Estados miembros velarán por que:

a) el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato;

b) el prestamista informe al consumidor de antemano de su intención de consultar una base de datos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Directiva 95/46/CE;

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 prestamista informará también al consumidor del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.

6. Los Estados miembros velarán por que se reevalúe la solvencia del consumidor basándose en una 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.

7. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la Directiva 95/46/CE.»

Con este texto se rechazó la redacción del art. 14 propuesta por la Comisión, que señalaba que «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.»[97]; acogiéndose, en su lugar, la redacción propuesta por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios

[97] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], p. 37.

del Parlamento Europeo (enmienda 79)[98], en la línea con la opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (que propuso la supresión de este apartado en su enmienda 95)[99], y en contra de la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos, que consideró oportuno su mantenimiento con una ligera variación en su literalidad para recoger la definición de «solvencia»: «Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para hacer frente a sus futuras obligaciones de deuda, el prestamista deniegue el crédito.» (enmienda 44)[100].

El art. 20 de la DCI establece el estándar de información sobre el prestatario que el prestamista debe tener en cuenta al llevar a cabo la evaluación de la solvencia. A diferencia de la DCC –que no acogió la redacción del art. 9 de la propuesta inicial de Directiva que establecía la obligación del prestamista de evaluar la solvencia «por cualquier medio a su disposición», sino que dispuso la realización de la evaluación con base en «una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente»–, la DCI establece el deber de evaluar la solvencia «basándose en la necesaria información, que deberá ser suficiente y proporcionada», obtenida «a partir de las fuentes internas o externas pertinentes, incluido el consumidor», y «comprobada adecuadamente». Esta diferencia

[98] *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO: Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial [(COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD))], Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (Ponente: Antolín Sánchez Presedo), 11.10.2012, p. 75.

[99] *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO: Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial [(COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD))], Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (Ponente de opinión: Kurt Lechner), 26.1.2012, p. 191.

[100] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO: Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial [(COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD))], Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos (Ponente de opinión: Alexandra Thein), 18.10.2011, p. 247.

da muestra del mayor rigor de esta regulación con respecto a la DCC (cf. Considerando 22 de la DCI)[101].

El Considerando 55 de la DCI señalaba el alcance de la evaluación de los «factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento»: deberá tener en cuenta pagos futuros necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses; otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros; ingresos, ahorros y activos; así como futuras eventualidades durante la vigencia del contrato, como la reducción de ingresos que se produce en la jubilación, el aumento del tipo de interés, o una evolución negativa del tipo de cambio en caso de créditos en divisas. Asimismo, se introduce un principio fundamental en la evaluación de la solvencia para la concesión de crédito inmobiliario:

> «Aunque el valor del bien inmueble es un elemento importante para determinar la cuantía del crédito que puede concederse a un consumidor al amparo de un contrato de crédito garantizado, la evaluación de la solvencia debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. En consecuencia, la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito en cuestión.»[102]

Además, se reconoce la potestad de los Estados Miembros de formular orientaciones adicionales sobre los criterios y métodos aplicables para la evaluación de la solvencia como, por ejemplo, fijar límites a las ratios préstamo-valor o préstamo-ingresos, en la línea con los principios que anteriormente habían sido definidos por el Consejo de Estabilidad Financiera (en adelante, FSB, por sus siglas en inglés) sobre buenas prácticas de suscripción de hipotecas residenciales[103].

---

[101] *Vid.* Apartado 54 y nota 18 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C‑449/13, CA Consumer Finance SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (ECLI:EU:C:2014:2464), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5 y 8 de la DCC, planteada por el tribunal d'instance d'Orléans (Francia) en el marco de unos litigios acerca de reclamaciones de pago de cantidades adeudadas por préstamos personales que CA Consumer Finance SA había concedido respectivamente a Ingrid Bakkaus –en uno de ellos– y a Charline Bonato (de soltera Savary) y Florian Bonato –en el otro–, e impagadas por éstos. En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", *Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo*, Working Paper 9/2018, Universidad de Barcelona, 2018, p. 4.

[102] Cfr. Considerando 55 de la DCI, en el que, no obstante, se reconoce como excepción a este principio general la evaluación de la solvencia para la concesión de créditos destinados a la construcción o a la renovación de un bien inmueble existente.

[103] *Vid.* Considerando 55 de la DCI; *vid.* FINANCIAL STABILITY BOARD: *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting* Practices, April 2012.

En suma, la doctrina ha considerado la regulación de la DCI «manifiestamente mejorable» y ha puesto en duda su eficacia armonizadora[104].

A pesar de ello, la Comisión Europea ha concluido que «la Directiva ha resultado eficaz a la hora de aumentar el nivel de protección de los consumidores y ha ayudado a armonizar las prácticas de concesión de préstamos hipotecarios entre Estados miembros.», si bien «el nivel de protección sigue sin ser uniforme, debido a que la Directiva ofrece numerosas opciones a los Estados miembros.», y sólo destaca como aspecto requerido de modificación el reajuste del proceso de evaluación de la solvencia para adaptarlo a los avances en el uso de la inteligencia artificial, y a los objetivos estratégicos relacionados con el clima y el medio ambiente[105].

Por su parte, la Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos[106], modifica el art. 28 de la DCI para establecer –al igual que en la DCC– que los prestamistas deberán disponer de políticas y procedimientos para mostrar «cuando corresponda» una «tolerancia razonable antes de que se inicie un procedimiento de ejecución», mediante la adopción de medidas de reestructuración del contrato de crédito – modificando las condiciones– o a través de una refinanciación total o parcial, para lo cual «tendrán en cuenta, entre otros elementos, las circunstancias del consumidor»[107].

---

[104] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2871 a 2924; "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 84, marzo-abril, 2019, p.46.

[105] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la revisión de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, Bruselas, 11.5.2021 [COM(2021) 229 final], p. 20.

[106] Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE, DOUE, L 438, 8.12.2021, pp. 1–37.

[107] El art. 28 de la DCI, en su redacción dada por el art. 28 de la Directiva (UE) 2021/2167, establece: «1. Los Estados miembros exigirán a los prestamistas que dispongan de políticas y procedimientos adecuados que les lleven, cuando corresponda, a mostrar una tolerancia razonable antes de que se inicie un procedimiento de ejecución. Las correspondientes medidas de reestructuración o refinanciación tendrán en cuenta, entre otros elementos, las circunstancias del consumidor y podrán consistir, entre otras posibilidades, en: a) una refinanciación total o parcial de un contrato de crédito; b) una modificación de las condiciones existentes de un contrato de crédito, que podrá incluir, entre otros elementos: i) la prórroga del período de vigencia del contrato de crédito, ii) la modificación del tipo de contrato de crédito, iii) el aplazamiento del pago de la totalidad o de parte de las cuotas de amortización durante un período, iv) el cambio del tipo de interés, v) la posibilidad de una suspensión del pago, vi) reembolsos parciales, vii) conversiones de moneda, viii) la condonación parcial y la consolidación de la deuda. 1 bis. La lista de las posibles medidas de reestructuración o refinanciación establecida en el apartado 1, letra b), se entenderá sin perjuicio de las normas establecidas en el Derecho nacional y no obliga a los Estados miembros a prever todas esas medidas en su Derecho nacional.». […]».

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, esta modificación debe interpretarse a la luz de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario en el marco de la normativa de préstamo responsable, como veremos más adelante.

3. El préstamo responsable en Derecho español

La noción de «préstamo responsable» se introduce en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, "LES"), que regula en su art. 29 la «responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros». Si bien se trata de un precepto de carácter meramente programático, limitado a establecer un principio general de préstamo responsable aplicable a todo tipo de préstamos o créditos para remitirse al desarrollo normativo que el mismo habilita[108], lo cierto es que nos permite distinguir las líneas generales de su regulación.

El art. 29 de la LES establece:

> «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.
>
> Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.
>
> 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

[108] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2882.

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.

2. (Derogado)

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.»

En su apartado 1, el precepto distingue –por un lado– el deber de las entidades de crédito de evaluar la solvencia del «potencial prestatario», y –por otro lado– la obligación de llevar a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos o créditos «a los consumidores» y proporcionarles la debida información precontractual. Así, la literalidad del art. 29.1 de la LES permite delimitar tres bloques normativos diferenciados, aunque relacionados entre sí:

i) el de la evaluación de la solvencia de cualquier potencial prestatario con carácter previo a la celebración de un contrato de crédito o préstamo;
ii) el de las prácticas para la concesión responsable de préstamos o créditos a los consumidores, cuya concreción viene dada por el desarrollo normativo al que habilitaba el –derogado– apartado 2 del mismo art. 29, y sin perjuicio –señala– de las establecidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario[109] y su normativa de desarrollo; y
iii) el de la debida información precontractual a los consumidores «de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente».

La redacción original del precepto, en su apartado 2, facultaba al ministro de Economía y Hacienda para aprobar normas de ordenación y disciplina[110] que garantizasen la protección adecuada de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito (incluyendo medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo). Su contenido podría comprender normas «dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos» que incluyesen:

«1.º Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo;

[109] BOE núm. 90, de 15/04/1981.

[110] Cf. Art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988, en adelante "LDIEC"), vigente en el momento de dictarse la LES.

2.º La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales;

3.º La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia;

4.º La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante;

5.º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor;

6.º El respeto de las normas de protección de datos.»

Finalmente, el apartado 2 del art. 29 de la LES incluía el siguiente inciso:

«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.»

No obstante, el art. 29.2 de la LES fue posteriormente derogado por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito[111] (en adelante, "LOSEC") que, en su art. 5, «con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito»[112], facultaba al Ministro de Economía y Competitividad para dictar disposiciones relativas −entre otras materias− a la información precontractual, los riesgos, y demás circunstancias que debe facilitarse a los clientes «para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera», y las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y la transparencia de las mismas. En particular, con respecto a la contratación de créditos y préstamos, el art. 5.2 de la LOSEC, facultaba a dictar normas en relación con los extremos que previamente se recogían en el art. 29.2 de la LES sustituyendo, sin embargo, la referencia a los «consumidores» por los

[111] BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.

[112] La Disposición final duodécima de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16/03/2019) extiende expresamente este ámbito a los contratos regulados en dicha ley con esta nueva redacción del artado 1 del art. 5 de la LOSEC: «Sin perjuicio de la reglas de cálculo de la TAE establecidas en el Anexo II y la Ficha Europea de Información Normalizada recogida en el Anexo I de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, y de los de préstamo objeto de dicha Ley, podrá dictar disposiciones relativas a: (…)». Con la modificación introducida por la Disposición final tercera de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (BOE núm. 234, de 29/09/2022), este apartado ha pasado a ser el apartado 2 del art. 5 de la LOSEC.

«clientes», y silenciando el objetivo de «promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos», expresamente previsto en el art. 29.2 de la LES. Asimismo, permitía al Ministerio de Economía y Competitividad (en su caso, a través del Banco de España), la publicación oficial de índices o tipos de interés de referencia aplicables por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable «sin perjuicio de la libertad contractual». Finalmente, el apartado 4 del mismo artículo reconocía que las normas dictadas al amparo del precepto tendrían la consideración de normativa de ordenación y disciplina, reservando su supervisión al Banco de España, cuestión que −como veremos más adelante− reviste enorme trascendencia a la hora de analizar las consecuencias de su incumplimiento.

La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo[113] (en adelante, "LCC"), que traspuso la DCC al ordenamiento jurídico español, introdujo en su ámbito «nuevas prácticas responsables en esta fase [precontractual] de la relación crediticia», «sin perjuicio de la legislación sectorial, en particular de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que las entidades de crédito deberán observar respecto a la responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros». En particular, el preámbulo de la LCC hace referencia a la evaluación obligatoria por parte del prestamista de la solvencia del prestatario (si bien «su alcance queda a criterio del prestamista en función de la relación comercial entre éste y su cliente»), con carácter previo a la celebración del contrato de crédito, y con base en la «información obtenida por sus propios medios y de la facilitada por el futuro prestatario, incluida la consulta de bases de datos».

El preámbulo señala la obligación de evaluar la solvencia tras referirse al deber que la LCC impone a los prestamistas de «ayudar al consumidor en la decisión sobre el contrato de crédito que, de entre los productos propuestos, responde mejor a sus necesidades y situación financiera». El art. 11 de la LCC desarrolla esta obligación de asistencia en los siguientes términos:

> «Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos

[113] BOE núm. 151, de 25/06/2011.

específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo.»

Esta obligación, en puridad informativa, debe integrarse con la evaluación de los *intereses, necesidades y situación financiera* del prestatario en el marco de la evaluación de la solvencia, a la luz de las disposiciones sectoriales de carácter general, tal y como veremos más adelante[114].

El art. 14 de la LCC regula la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en los siguientes términos:

«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.»

Como ha señalado la doctrina, se trata de un artículo marcado por la indefinición, en la línea del art. 29 de la LES[115].

Por lo que respecta a la regulación del préstamo responsable en el ámbito hipotecario, el art. 29.1 de la LES hace alusión a las prácticas para la concesión responsable de préstamos o créditos a los consumidores sin perjuicio de las obligaciones «fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su

[114] *Vid.* Capítulo II, epígrafe 4.

[115] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2886.

normativa de desarrollo», en particular en lo relativo a los límites *loan-to-value* previstos en el art. Quinto de dicha Ley[116].

De acuerdo con el art. 69 ter de la LOSEC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macroprudenciales[117], el Banco de España podrá determinar el establecimiento de límites y condiciones sobre la concesión de préstamos con el objetivo de evitar el endeudamiento excesivo de los prestatarios. El Real Decreto 102/2019, de 1 de marzo[118], desarrolla dicha normativa y reconoce en su art. 15 esta misma habilitación al Banco de España para fijar límites al endeudamiento máximo que puede obtener un prestatario. En su virtud, el supervisor ha emitido la Circular 5/2021, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Circular 2/2016, de 2 de febrero, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia[119], introduciendo un nuevo capítulo 11 que concreta la previsión sobre la imposición de límites o condiciones a las características financieras u otros elementos de las operaciones, o a las políticas o criterios que utilizan las entidades para evaluar la solvencia, las rentas y el nivel de endeudamiento del prestatario a los efectos de la concesión de las operaciones con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles residenciales o sobre bienes inmuebles comerciales (Norma 75), o sin garantía hipotecaria (Norma 76), a hogares y sociedades no financieras y empresarios individuales con actividad empresarial radicados en España. Así, en caso de que el Banco de España

[116] El art. Quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, establece: «[…] El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años. Reglamentariamente se determinarán: […] 2. Los supuestos en que pueda exceder la relación del 60 por ciento entre el préstamo o crédito garantizado y el valor del bien hipotecado, con el límite máximo del 80 por ciento, así como aquellos en que la Administración, en función de las características de los bienes hipotecados, pueda establecer porcentajes inferiores al 60 por ciento. En todo caso se aplicará el límite máximo del 80 por ciento a los préstamos y créditos garantizados con hipoteca sobre viviendas sujetas a un régimen de protección pública. […] 4. Las condiciones en las que se podría superar la relación del 80 por ciento entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 por ciento de dicho valor, mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito. […]».

[117] BOE núm. 304, de 18/12/2018.

[118] Real Decreto 102/2019, de 1 de marzo, por el que se crea la Autoridad Macroprudencial Consejo de Estabilidad Financiera, se establece su régimen jurídico y se desarrollan determinados aspectos relativos a las herramientas macroprudenciales, BOE núm. 53, de 02/03/2019.

[119] Circular 5/2021, de 22 de diciembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 2/2016, de 2 de febrero, 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) n.º 575/2013, BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2021.

concluya que las políticas y los criterios de las entidades de crédito para la concesión de operaciones crediticias podrían repercutir negativamente en la intensidad del riesgo sistémico del sistema financiero, con eventuales perjuicios graves para el sistema financiero y la economía real española, el supervisor podría limitar el plazo de vencimiento o el periodo de carencia de las operaciones; fijar una exigencia mínima de amortización del principal de la operación; o aplicar límites y condiciones a las siguientes ratios utilizadas por las entidades financieras para evaluar la solvencia y nivel de endeudamiento del prestatario[120]: a) ratio "*loan to value*" (LTV, importe de la operación sobre valor de tasación); b) ratio "*loan to price*" (LTP, importe de la operación sobre valor de la transacción inmobiliaria); c) ratio "*loan to income*" (LTI, importe de la operación sobre ingresos); d) ratio "*loan service to income*" (LSTI, servicio de la operación sobre ingresos); e) ratio "*debt to income*" (DTI, deuda sobre ingresos); f) ratio "*debt service to income*" (DSTI, servicio de la deuda sobre ingresos); g) ratio de cobertura de intereses (ICR); h) ratio de la operación sobre la renta por alquiler (LTR)[121]. Por tanto, el Banco de España cuenta con la habilitación necesaria para imponer límites a las entidades financieras para ajustar el riesgo de crédito, pero –como veremos–, ninguna de las normativas propiamente tuitivas del prestatario dispone porcentajes específicos de endeudamiento.

No obstante, resulta relevante tener en cuenta que la única normativa hipotecaria que contempla especialidades propiamente dichas en materia de evaluación de la

[120] En relación con el uso de estas ratios, el Banco de España, haciéndose eco de los resultados de un estudio llevado a cabo en la institución (*vid.* GALÁN, J.E. / LAMAS M.: "Beyond the LTV ratio: new macroprudential lessons from Spain", Documento de Trabajo Nº 1931, Banco de España, 2019), ha señalado que la probabilidad de que se inicie un proceso de ejecución hipotecaria «tiende a aumentar con las ratios LTV y LTP», si bien la ratio LTV no muestra una asociación efectiva con un aumento del riesgo para valores superiores al 80 por ciento. En cambio, la ratio LTP «parece discriminar mejor el riesgo de las operaciones hipotecarias, lo que indica la importancia de complementar la estimación del valor de una vivienda a través de una tasación con el valor efectivo al que se cierra la operación.». Asimismo, destaca que el riesgo de entrada en dudoso de los préstamos a partir de distintos valores de LSTI y dos valores de LTV (70 y 90 por ciento) «aumenta cuanto mayor es el esfuerzo del prestatario para afrontar el servicio de la deuda», y que «para los préstamos con mayor apalancamiento (es decir, mayor LTV) el nivel de riesgo es mayor». Además, respecto de la probabilidad de ejecución hipotecaria en función del LTP para dos plazos de concesión de la hipoteca diferentes (20 y 30 años), se incide en que «el plazo comienza a ser un determinante adicional del riesgo para valores altos del apalancamiento», por lo que «la activación simultánea de límites en varios estándares de crédito sería más efectiva que la implementación de uno solo de ellos.». Cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Informe de Estabilidad Financiera*, otoño 2019, pp. 50-52.

[121] De acuerdo con esta Circular, la determinación y la aplicación de estas medidas se llevará a cabo bajo criterios de proporcionalidad, atendiendo, entre otros factores, al tipo de inmueble; su uso como residencia habitual, segunda residencia, para arrendamiento, o primera compra de vivienda habitual; su localización; la moneda del préstamo y si el tipo de interés es fijo o variable; el valor de tasación del inmueble; y las características socioeconómicas del acreditado (Normas 75.9 y 76.8); además de a las condiciones subjetivas de las entidades, como su tamaño, y su especialización (Normas 75.11 y 76.10).

solvencia es la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[122] (en adelante, "LCCI"), que transpone la DCI.

La LCCI señala en su preámbulo:

> «El Capítulo II establece las normas de transparencia y de conducta orientadas, en particular, a la concesión responsable de financiación que afecte a inmuebles, así como a favorecer la progresiva implantación de un mercado de crédito fiable, con reglas homogéneas en el espacio europeo y con un mayor grado de confianza de los clientes en las entidades prestamistas; un mercado en el que las personas físicas que busquen financiación hipotecaria puedan hacerlo con la confianza de que las entidades prestamistas se comportarán de forma profesional y responsable. En este sentido, la Ley contribuye a la implantación de un mercado único europeo más transparente, competitivo y homogéneo, con contratos de crédito que afectan a bienes inmuebles más equitativos y que aseguran un elevado nivel de protección a las personas físicas que obtienen financiación.»

Con estos objetivos, el art. 11 de la LCCI regula la evaluación de la solvencia en los siguientes términos:

> «1. Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante 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, entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.
>
> 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, cuyo coste en ningún caso podrá repercutirse al potencial prestatario, serán revisados periódicamente por los propios prestamistas, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones. La revisión de estos protocolos se supervisará por el Banco de España o autoridades competentes, conforme al artículo 43.
>
> 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 resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

[122] BOE núm. 65, de 16/03/2019.

Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en detrimento del prestatario 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 por escrito y sin demora al potencial prestatario y, en su caso, al fiador o avalista de su respectivo resultado advirtiéndoles, de forma motivada 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 entregará una copia del resultado, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada, como son el nombre, el responsable, así como del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en la misma.

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.»

Por lo demás, la Disposición final duodécima de la LCCI dota de un nuevo contenido al apartado 2 del art. 5 de la LOSEC, trasladando a un nuevo apartado 3 el inciso final relativo a la potestad del Ministerio de Economía y Competitividad de publicar índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados a los préstamos a interés variable «sin perjuicio de la libertad contractual».

Con esta regulación, la redacción final de la LCCI aborda la evaluación de la solvencia[123], a diferencia de lo que inicialmente preveía el Anteproyecto de Ley, que se limitaba a habilitar en su art. 5.1 al ministro de Economía y Competitividad para dictar disposiciones relativas a las «condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia»[124].

[123] La referencia en el art. 1 del Proyecto de LCCI a la obligación de evaluar la solvencia con carácter previo a la concesión del crédito, que no constaba en el texto original del Proyecto de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 17 de noviembre de 2017, Núm. 12-1, pág. 9), trae causa de la enmienda transaccional número 5, procedente de las enmiendas 88 del G.P. Socialista (en parte) y 216 del Sr. Campuzano i Canadés (G.P. Mixto), aprobada por mayoría (*vid.* Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de diciembre de 2018, Núm. 12-4, pág. 2).

[124] Cfr. Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Sleg7880, Audiencia Pública, 26.07.2016.

Esta carencia, que fue criticada por la doctrina[125], constituyó una observación de carácter esencial del Dictamen del Consejo de Estado, que se hizo eco de las observaciones que habían manifestado en este mismo sentido el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 5 de mayo de 2017[126] y las alegaciones que había presentado la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito-ASNEF[127]. Así, el Consejo de Estado señaló en relación con la falta de regulación de la evaluación de la solvencia:

> «El Consejo de Estado comparte las observaciones formuladas y considera pertinente incorporar al texto legal las líneas esenciales de cada una de las regulaciones indicadas. Es cierto que algunas previsiones con objetivos similares se encuentran ya vigentes (por ejemplo, en las ya mencionadas Ley 2/2009 y Orden EHA/2899/2011), pero las mismas no traen causa directa de la posterior Directiva 2014/17/UE ni tienen necesariamente un ámbito de aplicación coincidente. […]
>
> Desde esta perspectiva y como resulta de los apartados 4 a 6 del apartado IV.A) del presente dictamen, procede concluir que el anteproyecto debe completarse en aquellos aspectos cuya regulación no contiene y respecto de los cuales se introduce esencialmente una habilitación al desarrollo reglamentario. Han de incorporarse, pues, al texto proyectado, las líneas esenciales del

[125] Entre otros, *vid*. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2904 (también, con anterioridad, en "Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo…", *Hay Derecho*, 22 de mayo de 2017, disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/); ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[126] Tal y como recoge el Dictamen del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 5 de mayo de 2017, señaló al respecto: «Las principales observaciones que se formulan en el citado informe pueden resumirse en los siguientes términos:

- El anteproyecto renuncia a incluir en su contenido requerimientos derivados de la Directiva 2014/17/UE y, en concreto, renuncia a regular, de forma completa y sistemática, las normas de transparencia y el régimen de los operadores en la contratación inmobiliaria. Se limita a establecer unos principios generales de actuación y deja para un ulterior desarrollo reglamentario aspectos tan relevantes como los relativos a la información básica que debe figurar en la publicidad (artículo 11 de la Directiva), la información general que deben ofrecer los prestamistas (artículo 13), la información precontractual (artículo 14) y, en general, las restantes normas de transparencia y protección del prestatario, incluidas las relativas a la evaluación de la solvencia (artículo 18) y la valoración de las garantías inmobiliarias (artículo 19).» (cfr. Dictamen del Consejo de Estado 709/2017, de 14 de septiembre, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

[127] El Dictamen del Consejo de Estado señala: «Remitido el expediente al Consejo de Estado, han solicitado audiencia y presentado alegaciones las siguientes entidades: […] - Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito- ASNEF (1 de septiembre de 2017). Considera que el anteproyecto de Ley no realiza la transposición de importantes contenidos de la Directiva 2014/17/UE, defiriéndolos a un ulterior desarrollo reglamentario. Es el caso de las previsiones relativas a la evaluación de la solvencia del consumidor, la tasación de los bienes inmuebles o a la verificación de la información relativa al consumidor. Este hecho determina un menor grado de protección para los consumidores y no eliminará las diferencias existentes entre las leyes de los distintos Estados miembros.» (cfr. Dictamen del Consejo de Estado 709/2017, de 14 de septiembre, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

régimen jurídico aplicable a materias tan relevantes como las relativas a la información precontractual o a la tasa anual equivalente (para las cuales, además, se prevé un grado máximo de armonización en los términos del artículo 2 de la Directiva 2014/17/UE), a los requerimientos de información en materia de publicidad y para prestamistas e intermediarios a la evaluación de la solvencia o a la tasación de bienes inmuebles.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.»[128]

Con todo, a pesar de la definitiva regulación sobre evaluación de la solvencia en el texto de la ley, la doctrina ha señalado que la LCCI no ha introducido el cambio de paradigma que exigía la transposición de la DCI, pues no se prevén expresamente efectos en la esfera contractual frente a su incumplimiento, sino solamente sanciones administrativas cuya imposición queda en manos del supervisor bancario. Por este motivo, en vista de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento de acuerdo con la LCCI, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no cumple el objetivo tuitivo del cliente, sino que se limita a proteger la solvencia de la entidad[129].

No obstante, como desarrollaré más adelante, el carácter de norma de conducta de las entidades de crédito de la normativa sobre préstamo responsable prevista en la LCCI permite anudar consecuencias contractuales a su incumplimiento[130].

---

[128] Cfr. Dictamen del Consejo de Estado 709/2017, de 14 de septiembre, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

[129] En este sentido apunta CUENA CASAS, M.: «Seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable […]» (cfr. "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario", ob. cit., p. 46). Como destacó PULGAR EZQUERRA, J., la introducción del «principio de préstamo responsable» en la LES, desarrollado en la OTP y en la Circular 5/2012, si bien debería constituir un incentivo para que las entidades de crédito «controlen el volumen de sobreconsumo» por su eventual responsabilidad en la concesión de crédito, en nuestra legislación se ha introducido sin prever sanciones específicas frente a su incumplimiento, «lo que conecta con el cuestionable y cuestionado bien jurídico protegido a través del préstamo responsable y la necesidad de pronunciarse sobre el carácter prudencial administrativo de dicho principio o de protección de los consumidores. Todo ello nos introduce en la compleja cuestión de analizar la vía contractual o extracontractual, sobre la que se podría construir esta responsabilidad, suscitándose si resultaría aplicable en este ámbito el art. 1.101 Cc si partimos de que los postulados del préstamo responsable no son meras normas administrativas (ámbito regulatorio de normas de conducta), sino que se integran en el contrato, suscitándose el estándar de diligencia exigible a las entidades financieras en esta materia, pudiendo incluso en su momento intentarse reconducir esta responsabilidad sobre la base de una complicidad concursal.» (cfr. "El sobreendeudamiento de la persona física", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 53, 2012-2013, pp. 396-397). También REIFNER, U. destaca la importancia de que la regulación contemple un procedimiento adecuado para que los prestatarios defiendan sus derechos frente a los incumplimientos de los prestamistas, en vista del riesgo que asumen los primeros al demandar a los segundos (*vid.* "European Coalition for Responsible Credit - Principles of Responsible Credit", TWIGG-FLESNER, C. / PARRY, D. / HOWELLS, G. / NORDHAUSEN, A. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Ashgate, Aldershot, 2007, pp. 426).

[130] *Vid.* Capítulo IV.

En cumplimiento de la habilitación contenida en el derogado apartado 2 del art. 29 de la LES, las previsiones de la LES fueron desarrolladas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios[131] (en adelante, "OTP").

Frente a la noción amplia de préstamo responsable plasmada en el art. 29 de la LES, la OTP se hace eco del concepto estricto de préstamo responsable. Así, el artículo 18 de la OTP, que regula la evaluación de la solvencia, es el único que compone el capítulo I del título III, sobre préstamo responsable, de modo que se excluirían de este conjunto normativo aquellas normas que regulan las obligaciones de información[132].

El art. 18 de la OTP, en su redacción dada por el art. 3.3 de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio[133], establece:

> «1. Las entidades, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberán 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.
>
> 2. Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:
>
> a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:
>
> 1.º Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.
>
> 2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los sistemas de información crediticia a

[131] Esta Orden derogó, entre otras, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994).

[132] En el mismo sentido, *vid*. MELERO BOSCH, L. V.: "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 155, julio-septiembre, 2019, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas, quien señala también esta identificación conceptual en la OTP del préstamo responsable con el deber de evaluar la solvencia del prestatario.

[133] Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, BOE núm. 203, de 27 de julio de 2020.

los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con los requisitos y garantías previstos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y su normativa de desarrollo.

3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta lo regulado en las letras a) y b) anteriores.

d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

e) En el caso de créditos a los que se refiere el artículo 33 bis se valorará, en particular, si el cliente dispone de capacidad económica suficiente para satisfacer sus obligaciones a lo largo de la vida de la operación sin incurrir en sobreendeudamiento. A tal fin, el importe anual de las cuotas a pagar por el crédito al que se refiere el artículo 33 bis tendrá por objetivo amortizar una cuantía mínima anual del 25 % del límite del crédito concedido. Para la valoración de la capacidad económica prevista en esta letra se utilizarán cuotas calculadas en doce plazos mensuales iguales con arreglo al sistema de amortización de cuota constante, sin perjuicio de que contractualmente pueda pactarse cualquier otra forma de cálculo de las mismas.

Para ampliar el límite del crédito referido en el artículo 33 bis, la entidad deberá actualizar previamente la información financiera de que disponga sobre el cliente y evaluar nuevamente su solvencia con arreglo a lo previsto en este apartado.

3. En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

4. En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

5. En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.º del apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6. 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 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.»

A su vez, el art. 18 de la OTP fue desarrollado a través 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 préstamos (en adelante, "Circular BdE 5/2012"), dictada de conformidad con la habilitación normativa contenida en la Disposición final tercera de la OTP.

En particular, el art. 18 de la OTP se concreta a través de la Norma duodécima («Políticas y procedimientos de préstamo responsable») de la Circular BdE 5/2012, único precepto de su capítulo V dedicado al préstamo responsable, en los siguientes términos:

«1. A efectos de asegurar la adecuada aplicación práctica del concepto de préstamo responsable a que se refiere el capítulo I del título III de la Orden, 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.

2. Sin perjuicio de los criterios establecidos con carácter general en relación con las operaciones que entrañen riesgo de crédito en el anejo IX de la Circular 4/2004, las entidades que concedan préstamos o créditos a los clientes a quienes se refiere la norma segunda de esta Circular deberán contar, de un modo adecuado al volumen de sus operaciones, características y complejidad de las mismas, con concretas políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos a dicha clientela (incluyendo una política de oferta y comercialización de operaciones que, asimismo, comprenda criterios de remuneración de las personas encargadas de su comercialización), adecuadamente documentados y justificados, aprobados por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente, que, en el marco de los extremos contemplados en el artículo 18 de la Orden, integren los principios generales que se mencionan en el anejo 6 de esta Circular. Las referidas políticas, métodos y procedimientos, debidamente actualizados, así como los documentos en que se justifiquen y la acreditación de su aprobación por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente, deberán mantenerse en todo momento a disposición del Banco de España.

Las entidades podrán dar cumplimiento a esta disposición incorporando dicha información en las políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos, de acuerdo a lo previsto en el anejo IX de la Circular 4/2004.

3. Los principios generales a que se refiere el apartado anterior habrán de ser aplicados por las entidades y entendidos por sus clientes de una manera responsable, de modo que incumbe a estos el facilitar a aquellas una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito, atañendo a las entidades el informar apropiadamente a sus clientes sobre las características de aquellos de sus productos que se adecuen a lo solicitado, de tal modo que permita a estos la necesaria reflexión, comparación y adopción de una decisión fundada, racional y prudente.

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.»

Por su parte, el Anejo 6 al que alude el apartado 2 de la Norma duodécima, recoge principios generales para la concesión de préstamos responsables[134], estableciendo criterios no sólo para la evaluación de la solvencia, sino también para la valoración de las garantías y para el cumplimiento del estándar de información exigible. En este sentido, podemos decir que, a diferencia de la OTP, la Circular BdE 5/2012 se inclina hacia el concepto amplio de préstamo responsable[135].

Esta regulación contenida en la OTP y concretada a través de la Circular BdE 5/2012 constituye también el desarrollo reglamentario de la normativa de carácter especial. Así lo reconoce el art. 33 de la OTP al señalar que, en lo no previsto en la LCC, lo regulado en el art. 18 de la OTP resultará de aplicación a los contratos de crédito al consumo.

Igualmente, de acuerdo con la Disposición transitoria primera del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, que desarrolla parcialmente la LCCI (en adelante, RDLCCI)[136], la OTP y su concreción a través de la Circular BdE 5/2012 constituyen también el

[134] Debido a su extensión, no reproduciremos el contenido del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012, sino que haremos alusión a su contenido al hilo de la exposición en los epígrafes siguientes.

[135] Sobre ambas nociones, *vid.* Capítulo I, epígrafe 1.

[136] Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE núm. 102, de 29/04/2019).

desarrollo reglamentario de la LCCI en materia de evaluación de la solvencia[137]; teniendo en cuenta, además, que el RDLCCI no llegó a abordar las cuestiones relacionadas con la evaluación de la solvencia –a pesar de la habilitación prevista en la Disposición final decimoquinta.1 de la LCCI–; y que la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril[138], que introdujo los cambios pertinentes en la OTP para la completa transposición de la DCI, no modificó su art. 18. Por tanto, se entiende que el contenido del Considerando 55 de la DCI se encuentra recogido en Derecho español en el art. 18 de la OTP[139] y su desarrollo a través de la Circular BdE 5/2012.

Finalmente, conviene tener presente que, en el marco de las competencias legislativas autonómicas en materia de consumo, se han dictado dos leyes que abordan el deber de evaluar la solvencia del prestatario.

Por una parte, la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda[140], establece en su art. 13 la obligación de «las empresas prestamistas» de «evaluar en profundidad la solvencia de la persona consumidora y usuaria, de conformidad con los artículos 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, 16.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y con el resto de la normativa estatal y comunitaria de aplicación.». Así, la ley andaluza se remite en su regulación al Derecho común[141]. No obstante, en su apartado

[137] Esta cuestión había suscitado dudas en el Proyecto de LCCI, pues la Disposición transitoria cuarta mantenía la vigencia de la OTP y la Circular 5/2012 hasta la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que desarrollasen la LCCI proyectada; y la Disposición final octava modificaba el art. 5 de la LOSEC para excluir de su ámbito de aplicación los préstamos sometidos al Proyecto de LCCI, con el fin de evitar «solapamientos» (cf. Exposición de Motivos del Proyecto). *Vid.* Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 17 de noviembre de 2017, Núm. 12-1, Pág. 1. Sobre esta cuestión, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[138] Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2019).

[139] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 4.

[140] BOJA núm. 114, de 16/06/2016, «BOE» núm. 157, de 30/06/2016.

[141] De acuerdo con la modificación del art. 13 operada por el art. único.8 del Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre, por el que se modifica la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOJA núm. 247, de 26 de diciembre de 2019).

2, «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.6 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo», el precepto establece que «la empresa prestamista y el servicio de intermediación deberán informar a la persona consumidora y usuaria, y a la avalista o fiadora, en su caso, de su respectivo resultado», por escrito, de forma gratuita, y acompañando una copia del resultado donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en el análisis de la solvencia, que podrá ser revisado a solicitud del cliente en caso de que se aprecie algún error. Más adelante, analizaremos con detalle esta importante previsión y sus implicaciones[142].

Por otra parte, la Ley catalana 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo[143], introdujo en su art. 20 un nuevo Título VI al libro segundo del Código de consumo, regulando en el art. 263-2 el deber del «prestamista o el intermediario de crédito» de evaluar la solvencia «de la persona consumidora» de acuerdo con la información «suministrada por esta», sin que pueda basarse exclusivamente en el valor del inmueble sujeto a hipoteca; y de «comunicar a la persona consumidora el resultado de la evaluación de forma inmediata y sin coste para esta». Además, el apartado 4 del precepto disponía 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.», de lo cual debería advertir por escrito a la persona consumidora. La ley catalana se apartaba así, como veremos, del Derecho común en una importante materia. No obstante, el art. 20 de dicha ley fue objeto –entre otros– de un

[142] *Vid.* Capítulo 2, epígrafe 6.

[143] BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015.

recurso de inconstitucionalidad[144], que dio lugar a la sentencia 54/2018, de 24 de mayo de 2018, que declaró su nulidad[145].

4. El préstamo responsable como medida de prevención de la insolvencia de la persona física

4.1. Delimitación conceptual entre insolvencia y sobreendeudamiento

Antes de abordar los objetivos de la evaluación de la solvencia, conviene que delimitemos conceptualmente a qué nos referimos cuando hablamos de «insolvencia» y cuál es su relación con el concepto de «sobreendeudamiento». Se trata de una cuestión que no ha estado exenta de controversia, a pesar de que resulta fundamental para abordar adecuadamente su tratamiento.

Como primer paso para la caracterización de cada uno de estos conceptos debemos partir de su definición. Desde un punto de vista puramente semántico, al referirnos al «sobreendeudamiento» aludimos al exceso del conjunto de obligaciones de pago contraídas por una persona[146]. Por su parte, la «insolvencia» se define como la «falta de

[144] Recurso de inconstitucionalidad núm. 5459-2015, interpuesto por el presidente del Gobierno (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2016).

[145] La Sentencia 54/2018, de 24 de mayo de 2018 del Pleno del Tribunal Constitucional (ECLI:ES:TC:2018:54; BOE núm. 151, de 22 de junio de 2018) resolvió el recurso de inconstitucionalidad 5459-2015 interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo (STC 62/2016, ECLI:ES:TC:2018:54); en cuyo fallo declaró la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 4 del art. 263-2 del Código de Consumo de Cataluña, que establecía: «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.». La STC dispone en su fundamentación que «La norma catalana introduce en efecto una prohibición de contratar que desborda el ámbito competencial autonómico, pues como ya hemos señalado en el fundamento jurídico 6 c) éste tiene como límite, entre otros, que no se produzca un novum en el contenido contractual, o en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas.».

[146] Si bien la palabra «sobreendeudamiento» no está recogida en el Diccionario de la lengua española, la Real Academia Española define «endeudamiento», en su segunda acepción, como el «conjunto de obligaciones de pago contraídas por una nación, empresa o persona»; y señala que el elemento compositivo «sobre-» (del lat. «*super*-») indica «intensificación o exceso», esto es, «parte que excede y pasa más allá de la medida o regla» o «que sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito» (cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, voces «endeudamiento», «sobre-», «exceso»; disponible en: https://www.rae.es/).

capacidad para satisfacer las deudas»[147]. De ello se deduce, de forma preliminar, que se trata de fenómenos diferentes: mientras que el «sobreendeudamiento» se refiere a un desequilibrio patrimonial, la «insolvencia» alude a la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones asumidas.

Deteniéndonos primero en el fenómeno del sobreendeudamiento, en el ámbito de la economía se entiende que este existe cuando se da un desequilibrio temporal o permanente en el presupuesto doméstico, resultado de un aumento esperado o inesperado de los gastos o de un descenso de los ingresos familiares, que puede producirse de forma repentina o bien ir acumulándose a lo largo del tiempo; y que, si bien suele ser consecuencia de la exclusión social, también puede ser igualmente una causa directa de la misma[148]. Los estudios comparativos en la materia han adoptado definiciones similares que aluden a la existencia de dificultades continuas del deudor para cumplir con los compromisos financieros asumidos, ya sean relacionados con el servicio de préstamos garantizados o no garantizados o con el pago del alquiler, los servicios públicos u otras facturas del hogar[149]. Está fuertemente condicionado por factores de índole socioeconómica que hacen que sus manifestaciones difieran en los distintos países (*v. gr.* sistema sanitario; sistema prestacional del Estado en situaciones de enfermedad, discapacidad y desempleo; derecho de familia y regulación del divorcio; sistemas de acceso a la vivienda; desarrollo del mercado hipotecario; manifestaciones socioculturales de las relaciones familiares en situaciones de dificultad; regulación del mercado de

[147] Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, voces «insolvencia», «solvencia»; disponible en: https://www.rae.es/).

[148] *Vid.* EUROPEAN COMMISSION: *Towards a common operational european definition of over-indebtedness*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Inclusion, Social Policy Aspects of Migration, Streamlining of Social Policies Unit, February 2008, p. 5.

[149] *Vid*. ALLEWELDT, F. / KARA, S. (Dirs.): *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact – Final Report, Part 1: Synthesis of findings*, Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC), conducted for Directorate General Health and Consumers (DG SANCO), 04.12.2013 (Final), pp. 19; 30.

crédito; etc.)[150]. Si bien el sobreendeudamiento está fuertemente relacionado con la pobreza, estudios en EE. UU. han demostrado que la mayoría de los deudores que recurren a procedimientos concursales son de «clase media»[151].

Entre los factores que causan el sobreendeudamiento, se han señalado (*i*) la imprudencia financiera causada por una comprensión inadecuada de los costes reales de devolución de los préstamos y por los sesgos cognitivos que afectan a los prestatarios en la toma de decisiones; (*ii*) la producción de eventos inesperados que suponen un cambio en las condiciones en las que el préstamo fue concedido, tales como la reducción de los ingresos, la aparición de gastos inesperados, el aumento del coste crediticio o cambios en la estructura familiar; y (*iii*) la pobreza, que puede ocasionar recurrir a créditos de improbable repago para hacer frente a los gastos, y que puede provenir del propio sobreendeudamiento, generando un círculo vicioso[152].

De los distintos motivos que conducen al sobreendeudamiento cabe distinguir dos tipos: (*i*) el sobreendeudamiento *pasivo*, que tiene su causa al margen de la voluntad y del comportamiento del deudor, y se debe a contingencias inesperadas que determinan una

[150] *Vid*. PULGAR EZQUERRA, J.: "El sobreendeudamiento de la persona física", ob. cit., p. 389. Así, frente a países como EE. UU., donde los gastos médicos han sido tradicionalmente una de las principales causas de sobreendeudamiento (entre otros, *vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., p. 108), en España el sistema de salud pública evita este problema. En cambio, en el marco de la crisis financiera del año 2008, se destacó que «en España, en gran medida el crecimiento del sobreendeudamiento familiar y de la cada vez más frecuente declaración en concurso de estos deudores, puede encontrar su causa en el crecimiento del crédito hipotecario a finales de 2004 en un 23,9%, ascendiendo la financiación de las familias para comprar viviendas a 381.865 millones de euros, aproximadamente 73.600 millones de euros más que hace un año.» (cfr. PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 9, 2008, pp. 43-73, consultado en Smarteca, p. 3, nota 9).

[151] *Vid.* WARREN, E.: "Financial Collapse and Class Status: Who Goes Bankrupt?", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 41, Issue1, 2003, p. 144.

[152] *Vid.* WORLD BANK: *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools*, Washington, DC, October 2013, p. 5. De forma similar, el Comité Económico y Social Europeo (en adelante, "CESE") apunta como causas del sobreendeudamiento el paro, los empleos precarios y determinadas situaciones familiares (afectando más a los hogares monoparentales) como accidentes, divorcios, separaciones, fallecimientos, enfermedades o situaciones de discapacidad que entrañen gastos médicos elevados; además de otras circunstancias como los elevados costes de las matrículas universitarias (lo que contribuye al sobreendeudamiento de los jóvenes); la presencia de una carga hipotecaria considerable por la vivienda; el recurso al crédito fomentado por campañas publicitarias agresivas y engañosas, que genera colectivos vulnerables «mal endeudados», puesto que optan por fórmulas como los créditos en efectivo vinculados a tarjetas con tipos muy elevados [*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, pp. 39-40].

incapacidad sobrevenida de atender las obligaciones de pago (*v. gr*. accidente, enfermedad, muerte, divorcio, desempleo, aumento de los tipos de interés); y (*ii*) el sobreendeudamiento *activo*, causado por la asunción de deudas por el deudor[153]. La diferencia entre ambos tipos de sobreendeudamiento exige que su tratamiento sea también distinto[154], pues el sobreendeudamiento activo puede ser prevenido, mientras que el sobreendeudamiento pasivo solo puede ser paliado[155].

El sobreendeudamiento activo no responde necesariamente a una «adicción al consumo», al «consumo irreflexivo» o «irresponsable», o a una actuación de mala fe, como en ocasiones se ha identificado[156]. Su desarrollo conecta con el *boom* del crédito de los años 90 del siglo XX[157], en conexión con «políticas blandas» de concesión de crédito al consumo (2004-2006) que, si bien facilitaron las condiciones de vida, también se encuentran en el origen del sobreendeudamiento que se puso de manifiesto con la crisis financiera del año 2008, en particular en relación con el crédito hipotecario y con el crédito al consumo, tanto en forma de préstamos y créditos personales, como por el uso de tarjetas de crédito[158]. A su vez, en el sobreendeudamiento activo inciden (*i*) el comportamiento del prestamista, (*ii*) el comportamiento del prestatario, y (*iii*) otros elementos objetivos como la estabilidad de los ingresos. Estos factores justifican los distintos enfoques regulatorios para su prevención[159].

---

[153] *Vid*. PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., p. 3; MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", ob. cit. pp. 1-2.

[154] En este sentido, *vid*. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 38; ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., p. 53.

[155] En este sentido, *vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., p. 31.

[156] *Vid.* TRUJILLO DÍEZ, I. J.: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 2; ZUBIRI DE SALINAS, M.: "La solución jurisprudencial del sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España", SARCINA, A. (Dir.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor: sistemas jurídicos europeos a debate*, Ed. EuriConv, Lecce, 2014, pp. 349-350; ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., pp. 52-53.

[157] *Vid.* WARREN, E.: "Financial Collapse and Class Status: Who Goes Bankrupt?", ob. cit., pp. 119-120; 144-146.

[158] *Vid*. PULGAR EZQUERRA, J.: "El sobreendeudamiento de la persona física", ob. cit., p. 388; quien advirtió este problema con anterioridad en "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., p. 2.

[159] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, Final Report, 2003, p. 20.

De todo lo anterior se concluye que el sobreendeudamiento se trata de un fenómeno socioeconómico que se define, en función de múltiples factores, como un deterioro generalizado de la situación económica del deudor y las personas dependientes de él[160] que eventualmente pudiera derivar en una imposibilidad de atender sus obligaciones. Se trata, en todo caso, de una situación distinta de la insolvencia y anterior a ella[161], pues no entraña una *incapacidad* para el cumplimiento o un *incumplimiento* –que, sin embargo, es una característica fundamental de la insolvencia[162]–, sino una *dificultad* o *amenaza* para el cumplimiento[163] por la situación precaria en que se encuentra el deudor; situación

[160] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 18.

[161] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 20; MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", ob. cit., pp. 1-2; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., p. 28; PULGAR EZQUERRA, J.: "El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores", CUENA CASAS, M. / COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, 1ª ed., Ed. Thomson Reuters, 2009, p. 78.

[162] *Vid.* ROJO, A., si bien matiza que, de acuerdo con el concepto legal de insolvencia, también se encontraría en este estado el deudor que cumple con sus obligaciones exigibles, pero lo hace de manera *irregular*, y aquel que cumple *tardíamente* de forma sistemática y continuada ["Artículo 2. Presupuesto objetivo", ROJO A. / BELTRÁN E. (Dirs.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 172]; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., p. 29; PULGAR EZQUERRA, J.: "El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores", ob. cit., p. 81; ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., pp. 463-464; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 37.

[163] En este sentido, un deudor sobreendeudado puede evitar los incumplimientos por medio de refinanciaciones, lo que aumentará su sobreendeudamiento, pero evitará su insolvencia (*vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., p. 4). Igualmente, desde otro punto de vista, se ha afirmado: « *Insolvent consumers may not be overindebted if their families and friends can help them, if they still have access to new credit or recourse to other resources, and if they want to use them. Instead solvent consumers may be overindebted because the burden of debts due in the future will gradually lead to deterioration in their living conditions.* » (cfr. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 18). En el mismo sentido, *vid.* TRUJILLO DÍEZ, I. J.: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., p. 10; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., p. 29; MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", ob. cit., p. 6; CARRASCO PERERA, A.: "Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen español de iure condendo", SARCINA, A. (Dir.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor: sistemas jurídicos europeos a debate*, Ed. EuriConv, Lecce, 2014, p. 262; SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de persona física", CUENA CASAS, M. (Coord.), *Familia y concurso de acreedores*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 63; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 37.

que es gradual y ha de ponerse en relación con los recursos con los que el deudor cuenta en cada momento para hacer frente a las obligaciones que ha asumido[164], de modo que si existe un desajuste continuado entre el vencimiento de sus deudas y la obtención de los ingresos que hacen posible su pago, podría producirse la situación de insolvencia.

Así, se han identificado cuatro factores que explican la solicitud de declaración de insolvencia por parte de un deudor: (*i*) la falta de reservas financieras, bien en forma de ahorro, bien en forma de personas que pudieran convertirse eventualmente en una fuente extra de ingresos, o convertirse en cuidador de un miembro de la familia necesitado de asistencia; (*ii*) una deuda elevada en relación con los ingresos; (*iii*) una situación desencadenante de un descenso de los ingresos o un aumento repentino de los gastos (e.j. paro, divorcio, enfermedad, etc.); y (*iv*) la falta de una red de seguridad, pública o privada, que sostenga al deudor en la crisis desencadenante del desbalance (*v. gr*. falta de seguro de desempleo o de salud)[165]. Por ello, en el tratamiento del sobreendeudamiento subyace la idea de prevenir la insolvencia[166].

La clave de la diferencia entre el sobreendeudamiento y la insolvencia es que el primero constituye un fenómeno socioeconómico, mientras que el segundo es un estado jurídico-legal[167]. Mientras que el sobreendeudamiento se define desde el punto de vista del deudor y de las personas que se verán eventualmente afectadas por él –de ahí que se señalen el hogar, la familia, o las economías domésticas como elementos subjetivos del sobreendeudamiento[168]–, la insolvencia se define desde el punto de vista del acreedor[169], y conecta con la obligación del deudor de solicitar la declaración formal de su insolvencia

[164] *Vid.* TRUJILLO DÍEZ, I. J., que recomienda «(…) un concepto de sobreendeudamiento flexible, adaptable a la casuística, y sobre todo que ponga en relación el patrimonio y los ingresos del deudor con la posibilidad real de hacer frente a sus compromisos.» (cfr. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., p. 12); PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., p. 4. En este sentido, el Banco Mundial incluye entre los indicadores del sobreendeudamiento el porcentaje de ingresos brutos que los deudores dedican a atender el pago de deudas (*vid.* WORLD BANK: *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools, Washington, DC*, October 2013, p. 7).

[165] *Vid.* BRAUCHER, J.: "Consumer bankruptcy as part of the social safety net: Fresh start or treadmill?", *Santa Clara Law Review*, Vol. 44, 2004, pp.1078-1079.

[166] *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., p. 4.

[167] *Vid*. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., p. 28.

[168] *Vid*. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P., ibidem, pp. 24-25.

[169] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., pp. 18-19.

–incapacidad de cumplimiento de sus obligaciones– y la apertura de un procedimiento judicial para gestionar el pago a sus acreedores.

La normativa sobre insolvencia a nivel europeo evita establecer una definición común. Ni el Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia[170] ni la Directiva de Reestructuración e Insolvencia (en adelante, DRI)[171] definen el «sobreendeudamiento» o la «insolvencia», sino que se limitan a remitirse a la legislación de los Estados miembros (*vid.* Anexo I del Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia y art. 2.2 de la DRI)[172]. Según el Comité Económico y Social Europeo («CESE»), la falta de una definición armonizada a nivel europeo se ha considerado una dificultad para tomar medidas a escala europea para abordar el sobreendeudamiento, y propugna la necesidad de alcanzar una definición operativa común basada en la «incapacidad» para hacer frente al conjunto de sus deudas, independientemente de su naturaleza[173].

Por otra parte, desde un punto de vista comparado, existe una notable divergencia entre las definiciones de «sobreendeudamiento» y de «insolvencia» presentes en las legislaciones nacionales de los Estados miembros[174]. Es precisamente en la definición del

[170] Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, OJ L 141, 5.6.2015, p. 19–72.

[171] Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019, pp. 18 a 55.

[172] En su dictamen sobre la propuesta de DRI, el BCE lamentó la falta de armonización de la definición de «procedimiento de insolvencia», pues abunda en la actual «fragmentación conceptual» [cfr. Dictamen del Banco Central Europeo de 7 de junio de 2017 sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (CON/2017/22) (2017/C 236/02), DOUE, 21.7.2017, p. 4].

[173] A tal efecto, el CESE señala como factores que deben considerarse: el hogar como unidad de medida pertinente; los compromisos financieros adquiridos, incluyendo los créditos hipotecarios, el crédito al consumo, las facturas de suministros (*v. gr*. telefonía, comunicación electrónica, agua, calefacción, electricidad, salud, etc.), los alquileres y otros gastos comunes del hogar (*v. gr*. alimentación, transporte, escolaridad, etc); los compromisos informales adquiridos; la incapacidad de pago del hogar de los gastos corrientes y los compromisos adquiridos y los informales; el sobreendeudamiento estructural como criterio temporal cuando existan problemas financieros persistentes y continuados; un nivel de vida digno que permita al hogar respetar los compromisos financieros adquiridos e informales sin reducir sus gastos mínimos vitales; y la *insolvencia* que impide que el hogar solucione la situación financiera por medio de sus activos financieros y de otro tipo [*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, pp. 41-42].

[174] *Vid*. ALLEWELDT, F. / KARA, S. (Dirs.): *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact – Final Report, Part 1: Synthesis of findings*, ob. cit., p. 23.

presupuesto objetivo para acceder a los procedimientos de tratamiento del sobreendeudamiento donde surgen los problemas de delimitación entre este y la insolvencia.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el procedimiento de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento previsto en Francia en el *Code de la consommation* (en adelante, C.cons.)[175], en cuyo art. L. 711-1 señala que estas situaciones se caracterizan «por la *imposibilidad manifiesta* de hacer frente a todas las deudas propias, tanto profesionales como no profesionales, vencidas y exigibles.»[176]; noción que la jurisprudencia francesa ha interpretado en sentido amplio, comprensiva de toda dificultad permanente de tesorería, tanto actual como potencial[177]. En similares términos, la Proposición de Ley 122/000295, de 9 de mayo de 2003, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, del Grupo Parlamentario Socialista[178], definió en su art. 3.2 el «sobreendeudamiento sobrevenido» (que debe entenderse como «sobreendeudamiento pasivo»[179]) como la situación de «imposibilidad actual y continuada de hacer frente al cumplimiento del conjunto de sus deudas no

[175] *Code de la consommation.* Código francés de Consumo (en su versión en vigor a 25 de febrero de 2022).

[176] Art. L-711-1 C.cons.: «Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi.

La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale dont la valeur estimée à la date du dépôt du dossier de surendettement est égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes professionnelles et non professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement.

L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement.».

[177] *Vid.* TRUJILLO DÍEZ, I. J.: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., p. 13.

[178] Proposición de Ley 122/000295 relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 2003, Núm. 336-1), que fue rechazada (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. B-336-2, 19/09/2003, p. 11). Destaca la influencia de la regulación francesa en esta Proposición de Ley, entre otros, ÁLVAREZ LATA, N.: "Sobreendeudamiento del consumidor: Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma", SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. / GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. / GARRIDO CHAMORRO, P. J. (Coords.), *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 157.

[179] Así, en su art. 3.3 se recogían como «causas prioritarias que pueden crear una situación de sobreendeudamiento sobrevenido: a) el desempleo; b) la temporalidad o la precariedad en el empleo; c) la incapacidad temporal o la permanente; d) la separación, el divorcio o el fallecimiento del cónyuge.» (Proposición de Ley 122/000295 relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 2003, Núm. 336-1).

profesionales, vencidas o exigibles.». Con estas definiciones legales, el sobreendeudamiento se equipararía –confusamente– a la insolvencia actual[180].

De forma inversa, en la regulación de los procedimientos de tratamiento de la insolvencia la definición de esta se confunde con el sobreendeudamiento, especialmente al introducir el concepto de «insolvencia inminente». Tal es el caso de la Ley de Insolvencia alemana (*Insolvenzordnung*, en adelante, InsO)[181], que reconoce como causa de apertura del procedimiento de insolvencia la existencia de esta entendida como *iliquidez* o *imposibilidad* para el pago de las deudas vencidas[182], y también cuando se presenta como «insolvencia inminente», definida como probabilidad de incumplimiento»[183]. El sobreendeudamiento, en cambio, solo se reconoce como causa de apertura del procedimiento de insolvencia para las personas jurídicas, y se define como un desbalance patrimonial[184].

En esta línea, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), señala en su art. 2 como presupuesto objetivo para la solicitud y declaración del concurso de acreedores del deudor su «estado de insolvencia»[185], que podrá ser «actual» o «inminente»; encontrándose en estado de «insolvencia actual» el deudor «que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», y en «estado de insolvencia inminente» el

[180] *Vid*. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso, ob. cit., p. 29.

[181] Ley alemana de Insolvencia de 5 de octubre de 1994 (Federal Law Gazette I page 2866), según su última modificación por el artículo 19 de la Ley de 20 de diciembre de 2011 (Law Gazette I page 2854).

[182] Section 17 InsO: « (1) Insolvency shall be the general reason to open insolvency proceedings.

(2) The debtor shall be deemed illiquid if he is unable to meet his mature obligations to pay. Insolvency shall be presumed as a rule if the debtor has stopped payments.».

[183] Section 18 InsO: « (1) If the debtor requests the opening of insolvency proceedings, imminent insolvency shall also be a reason to open.

(2) The debtor shall be deemed to be faced with imminent insolvency if he is likely to be unable to meet his existing obligations to pay on the date of their maturity. […] ».

[184] Section 19 InsO: « (1) Overindebtedness shall also be a reason to open insolvency proceedings for a legal person.

(2) Overindebtedness shall exist if the debtor's assets no longer cover his existing obligations to pay, unless it is highly likely, considering the circumstances, that the enterprise will continue to exist. […]».

[185] De forma similar a los debates actuales sobre la definición del presupuesto objetivo del concurso de acreedores como «insolvencia o como «sobreendeudamiento», durante años se debatió si el presupuesto objetivo de la «quiebra» (cf. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio; GAZ núm. 289, de 16/10/1885) era la «insolvencia» o el «sobreseimiento». *Vid*. ROJO, A.: "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ob. cit., pp. 164-166.

deudor «que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.». Además, señala una serie de «hechos externos reveladores del estado de insolvencia»[186] que denotan una «insolvencia cualificada»[187], y que confirman que la definición legal de insolvencia implica la *imposibilidad* del deudor de cumplir con sus obligaciones –bien por iliquidez, por insuficiencia patrimonial, o incluso por falta de crédito– de una manera continua y no puntual[188].

Ahondando en el concepto de «insolvencia inminente», la doctrina ha señalado que, para determinar su concurrencia, se exige su objetiva probabilidad, sin que baste la mera posibilidad: «insolvencia inminente» no equivale a «insolvencia posible», sino a «insolvencia objetivamente probable», es decir, probabilidad objetiva de imposibilidad –no mera dificultad– de cumplimiento en el corto plazo y de forma sostenida en el tiempo –no de forma puntual–[189].

[186] El art. 2.4 del TRLC señala: «4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:

1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.

2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.

3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.».

[187] *Vid.* ROJO, A.: "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ob. cit., pp. 167-168.

[188] Así lo entiende ROJO, A., quien habla de «continuidad de la imposibilidad» [cfr. "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ob. cit., p. 169]. Igualmente, *vid.* SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 37.

[189] *Vid.* ROJO, A., quien habla de «continuidad de la imposibilidad» (cfr. "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ob. cit., p. 176).

La Ley de reforma del TRLC (en adelante, «LRC»)[190] para la transposición de la DRI introduce como novedad la noción de «probabilidad de insolvencia» que, si bien no constituye presupuesto objetivo para solicitar y declarar el concurso de acreedores del deudor, sí le permite recurrir a los institutos preconcursales legalmente previstos[191]. Se define como un estado previo a la «insolvencia inminente», que queda delimitada por un criterio temporal: se encuentra en ella «el deudor que prevea que *dentro de los tres meses siguientes* no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»[192]. No se alude, sin embargo, al sobreendeudamiento como presupuesto objetivo del concurso de acreedores[193]. Con ello se confirma que el sobreendeudamiento es «conceptual y temporalmente previo a la insolvencia, aunque pueda terminar siendo su causa», si bien, al adelantar la legislación la aplicación de ciertas medidas tuitivas del concurso de acreedores y reconocer para ello el estado de «insolvencia inminente» o incluso «probabilidad de insolvencia», el sobreendeudamiento puede resultar tocante con la insolvencia en algún punto como parte de su presupuesto objetivo[194].

[190] Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), BOE núm. 214, de 06/09/2022.

[191] Cfr. Apartado III del Preámbulo de la LRC: «Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal.».

[192] Cfr. Art. 2.3 del TRLC en su redacción dada por la LRC.

[193] El apartado IV del Preámbulo de la LRC lo excluye expresamente como presupuesto objetivo de la exoneración del pasivo insatisfecho: «En todo caso, dada la singularidad que todo mecanismo de segunda oportunidad supone en cualquier sistema legal que, como el nuestro, consagra la responsabilidad del deudor con todos sus bienes presentes y futuros para la satisfacción de sus deudas, se ha considerado oportuno seguir brindando la segunda oportunidad solo al deudor insolvente, sin extenderlo a deudores apenas aquejados, de momento, de sobreendeudamiento.».

[194] Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., pp. 28-29.

La doctrina ha definido en ocasiones el sobreendeudamiento de forma equívoca como la *incapacidad* o la *imposibilidad* del deudor para atender sus obligaciones[195]. Con más acierto, se ha definido el sobreendeudamiento como el estado del deudor cuyos medios se prevé que se encuentren sobrepasados por atender sus obligaciones crediticias[196], lo que implica equiparar el sobreendeudamiento a la «insolvencia inminente» o, si se trata de una previsión más remota, a la «probabilidad de insolvencia» a la que alude la LRC.

En vista de cuanto antecede, podemos concluir que «sobreendeudamiento» e «insolvencia» no son conceptos unívocos, si bien pueden coincidir cuando la insolvencia toma la forma de «insolvencia probable» o «insolvencia inminente», tal y como se define en el art. 2.3 del TRLC; teniendo en cuenta, además, que, de conformidad con la DRI, el concepto de «insolvencia» definido por el Derecho nacional «puede adoptar la forma de

[195] En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 17 (y, en la misma línea, las definiciones citadas en p. 18, nota 7); COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 75. Por su parte, TRUJILLO DÍEZ, I. J., si bien afirma que «(…) el concepto de sobreendeudamiento no tiene que coincidir siempre con el de insolvencia (relativa o absoluta, provisional o definitiva) que en cada caso maneje el Derecho concursal (…)», lo define como «(…) la imposibilidad de hacer frente al conjunto de las obligaciones del deudor (en atención a su patrimonio y sus ingresos) sin detrimento de un nivel mínimo aceptable de vida, aun cuando la economía familiar no esté colocada en una situación contable de insolvencia definitiva o no se haya producido un incidente de pago.» (cfr. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., pp. 10, 149-150). También ÁLVAREZ LATA, N. apunta que «(…) ha de darse una imposibilidad actual de hacer frente al incumplimiento [sic] del conjunto de sus deudas exigibles o, cuando menos, la amenaza o riesgo de no poder acometer el pago en el momento en el que lo sean, debido a una situación de desequilibrio manifiesto entre las obligaciones asumidas y el patrimonio disponible para hacerles frente.», si bien considera que la noción de sobreendeudamiento «(…) se conecta más con una situación económica de asunción excesiva de deudas por parte de los sujetos, que no necesariamente se subsume en el concepto legal de insolvencia.» (cfr. "Sobreendeudamiento del consumidor: Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma", ob. cit., pp. 161.

[196] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 18; FONDEVILLE, N. / ÖZDEMIR, E. / WARD, T.: *Over-indebtedness: New evidence from the EU-SILC special module*, Research Note 4/2010, Social Situation Observatory - Income distribution and living conditions, Applica (BE), European Centre for the European Centre for Social Welfare, Policy and Research (AT), ISER – University of Essex (UK) and Tárki (HU), November 2010, p. 4; *Vid.* WORLD BANK: *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools, Washington, DC*, October 2013, p. 6. A ello alude ÁLVAREZ VEGA, M. I. al señalar que «dado que el endeudamiento excesivo puede ser un reflejo anticipado de la insolvencia, la previsión del deudor diligente que observa que no va a poder afrontar el pago regular de sus deudas anticipará la solicitud concursal, otorgando una función preventiva Derecho concursal.» (cfr. *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., p. 466).

un sobreendeudamiento» (cfr. Considerando 73 DRI)[197]. Sólo desde este punto de vista tiene sentido hablar de préstamo responsable como medida preventiva de la insolvencia, pues –como veremos a continuación– se trata precisamente de que el acreedor valore si el deudor ha asumido una cantidad de deudas tal que si se le concediese el préstamo se le colocaría en una situación de sobreendeudamiento entendido como «insolvencia probable» o «insolvencia inminente»[198]. Así, cuando en ocasiones se reclama la regulación del sobreendeudamiento, lo que en verdad se exige es el establecimiento de medidas de prevención de la insolvencia[199].

Concluimos, en suma, que, en el marco de nuestra investigación, «sobreendeudamiento» e «insolvencia» son conceptos distintos que sólo pueden equipararse cuando esta toma el carácter de «insolvencia probable» o «insolvencia inminente».

Por lo demás, la insolvencia de la persona física no debe confundirse con el sobreendeudamiento del consumidor[200], pues el tratamiento del sobreendeudamiento y eventual insolvencia no debe diferenciar entre consumidores y empresarios. En primer lugar, porque la condición de consumidor no es siempre clara como consecuencia de la confusión del patrimonio puramente personal del deudor y aquel que se encuentra afecto a su actividad empresarial. Así lo ha puesto de manifiesto el Banco Mundial, que ha destacado la dificultad de esta distinción en situaciones en las que los deudores son personalmente responsables de las deudas de una sociedad por haber prestado garantías

[197] Así lo entiende CUENA CASAS, M. (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 32, 2020, consultado en Smarteca, p. 5). La DRI introduce el concepto de «riesgo de insolvencia» que, sin embargo, no desarrolla, tal y como apuntó el BCE en su dictamen sobre la propuesta de directiva [*vid.* Dictamen del Banco Central Europeo de 7 de junio de 2017 sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (CON/2017/22) (2017/C 236/02), DOUE, 21.7.2017, p. 4].

[198] Como se ha dicho, «El deudor que no puede cumplir las obligaciones en el momento en que las contrae no es insolvente. La insolvencia no se puede determinar en el momento en que la obligación se contrae o en el que se genera. En tanto no devenga exigible, al menos, una obligación del deudor no es insolvente (actual). Por muy grave y por muy desesperada que sea la situación de ese deudor, sin exigibilidad no puede hablarse de insolvencia.» (cfr. ROJO, A.: "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ob. cit., p. 171).

[199] *Vid*. PULGAR EZQUERRA, J.: "El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores", ob. cit., p. 78.

[200] En contra, *vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., pp. 20-22.

personales, o en el caso de personas que se dedican a la actividad empresarial a pequeña escala en su propio nombre, que se encuentran en una situación similar a los deudores asalariados insolventes; de manera que lo verdaderamente relevante es que «las personas naturales insolventes se enfrentan a un núcleo común de cuestiones clave, con independencia de que la actividad empresarial sea una parte del contexto de esa insolvencia»[201]. Asimismo, ciertos mecanismos de tratamiento de la insolvencia de la persona física, como la exoneración del pasivo insatisfecho, no tienen únicamente como objetivo la protección de los consumidores, sino que conllevan otros efectos positivos para el conjunto del mercado y de la economía que no deben soslayarse[202], y que exigen que su ámbito subjetivo se extienda a todas las personas físicas, empresarios o consumidores.

4.2. Los objetivos tuitivos del prestatario de la obligación de evaluar la solvencia

La regulación del deber del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario tiene como objetivos la protección del cliente mediante la prevención de su sobreendeudamiento activo –pues, como hemos visto, el sobreendeudamiento pasivo es impredecible y, en muchos casos, inevitable–, la protección de la solvencia del prestamista a través de la prevención del incumplimiento de pago del prestatario como consecuencia de dicho sobreendeudamiento activo –pues el sobreendeudamiento pasivo constituye el genuino riesgo de crédito propio del negocio bancario–, y la protección de la integridad y buen funcionamiento del mercado de crédito en su conjunto[203]. Precisamente, es este objetivo de protección directa del cliente mediante la prevención de

[201] Cfr. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, pp. 15-16. En el mismo sentido, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI-UNCITRAL ha señalado: «Los intereses de las personas físicas que participan en actividades económicas (entre ellas, las sociedades y los comerciantes individuales) difieren de los de los deudores consumidores, al menos en algunos aspectos de su endeudamiento, pero a menudo es difícil disociar el endeudamiento personal de una persona física de su endeudamiento empresarial a efectos de determinar el régimen de la insolvencia que se aplicará.» (cfr. CNUDMI: *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, Partes I y II, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 47).

[202] *Vid*. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., pp. 26-27.

[203] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 3/2019, julio 2019, p. 4.

su sobreendeudamiento[204] lo que distingue las normas sobre evaluación de la solvencia de la normativa prudencial de gestión del riesgo de crédito, que solo pretende la protección de la solvencia de la entidad y la estabilidad del mercado financiero[205].

En este sentido, las disposiciones sobre préstamo responsable, al garantizar «un ejercicio responsable de la actividad» y establecer «un marco normativo para cuantos intervienen en la cadena crediticia», contribuyen a reducir el riesgo de crédito y aumentar la estabilidad financiera, junto con otras iniciativas legislativas que afectan a las prácticas crediticias de los bancos, como las disposiciones prudenciales y en materia de supervisión aplicables al sector bancario[206]. Así lo reconoce el art. 29.1 de la LES que, al establecer que en la evaluación de la solvencia de los potenciales prestatarios las entidades deberán tener en cuenta las normas sobre gestión de riesgos y control interno, conecta la normativa de conducta con la normativa prudencial y, de este modo, pone de manifiesto el efecto sistémico en el mercado de crédito del incumplimiento de las normas de conducta relativas al deber de evaluar la solvencia del prestatario[207]. El funcionamiento del mercado de crédito bancario con base en el principio de reserva fraccionaria –conforme al cual los bancos conceden financiación utilizando los recursos de los depositantes manteniendo un coeficiente de caja–, permite entender que el préstamo a deudores insolventes tiene consecuencias para el conjunto de la economía[208].

Pero la normativa sobre préstamo responsable en sentido estricto objeto de nuestro análisis, relativa a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario, se basa en que la protección del prestatario constituye un fin en sí misma que justifica la

---

[204] En el ámbito de la DCC, que el objetivo de la obligación de evaluar la solvencia es «proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento y de insolvencia» ha sido expresamente reconocido por la STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), parágrafos 42 y 43.

[205] En esta línea, señala CUENA CASAS, M.: «[…] lo auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad) a ser un mecanismo de protección del prestatario persona física.» (cfr. "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario", ob. cit., p. 46).

[206] *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 5.

[207] Más adelante desarrollaremos la caracterización de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario como norma de conducta de las entidades de crédito y su relación con las normas prudenciales. *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.2.

[208] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", *InDret*, Barcelona, julio 2017, p. 36.

adopción de medidas para combatir la concesión y contratación irresponsable de préstamos[209]. Como señaló el CESE, no resulta aceptable «que la protección de los consumidores sólo se aplique en la medida en que pueda proporcionar el fomento de la libre circulación de la oferta de crédito, sin constituir un fin en sí misma, sino un instrumento de desarrollo del mercado interior»[210].

Esta protección del consumidor no debe llevarse a cabo «desde planteamientos paternalistas, protegiéndole de sus propias y erróneas decisiones», sino que consiste en «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»[211].

Por otra parte, el préstamo responsable no pretende combatir el endeudamiento en sí mismo. Como se ha dicho, el aumento de los niveles de endeudamiento no es de por sí indicativo de la concesión y contratación de préstamos irresponsables; la clave está más bien en si los préstamos resultan sostenibles y los prestatarios pueden atender su reembolso[212]. Tampoco cuestiona, en el marco del crédito hipotecario, la estructura del derecho real de hipoteca ni el funcionamiento del mercado hipotecario, sino la mala praxis de los operadores del mercado[213].

---

[209] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 2.

[210] Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 9.

[211] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2877. En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad el Consejo de Estabilidad Financiera: «*Consumer protection is not about protecting consumers from bad decisions but about enabling consumers to make informed decisions in a marketplace free of deception and abuse*.» (cfr. FINANCIAL STABILITY BOARD: *Consumer Finance Protection with particular focus on credit*, 26 October 2011, p. 3). En esta línea, en relación con las obligaciones de préstamo responsable recogidas en la DCC se había dicho: «(…) no hay que ocultar los peligros que medidas de este tipo encierran: el intervencionismo y el control por parte de las entidades de la capacidad financiera de las personas.» (cfr. MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", ob. cit., p. 3).

[212] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: 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)], Contexto de la propuesta, p. 3.

[213] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2879; p. 2911 (nota final 19).

4.2.1. La insuficiencia de la información y la actuación en interés del cliente como nuevo paradigma de la protección del prestatario

La doctrina ha destacado que la obligación de información al consumidor ha sido el medio que más se ha desarrollado para su protección, basado en el «modelo liberal» o «modelo de consumidor responsable», al cual la información capacita para tomar decisiones financieras de manera responsable[214], una vez los derechos y deberes entre las partes se han visto reequilibrados en aplicación de otras técnicas como los derechos irrenunciables y el régimen de cláusulas abusivas[215]. Esta visión liberal es la que tradicionalmente ha subyacido a la legislación comunitaria en la materia[216]. Sin embargo, la eficacia de la mera información como medida de protección al consumidor se ha visto cuestionada porque su éxito tuitivo se encuentra condicionado por múltiples factores: que su regulación por parte del legislador sea correcta; que el prestamista suministre la información de forma efectiva; y que el consumidor receptor de la información la entienda, la reciba oportunamente, y la utilice de manera adecuada a sus intereses, teniendo en cuenta que, como señalan los promotores de la teoría de «*behavioral economics*» y «*behavioral finance*», los consumidores se ven afectados por sesgos cognitivos que hacen su racionalidad imperfecta en la toma de decisiones[217].

---

[214] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 51.

[215] Vid. COLLADO RODRÍGUEZ, N.: La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 74.

[216] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 51.

[217] *Vid*. AVGOULEAS, E.: "The Global Financial Crisis and the Disclosure Paradigm in European Financial Regulation: The Case for Reform", *European Company and Financial Law Review*, Vol. 6, Num. 4, 2009; consultado en SSRN, pp. 11-17; BEN-SHAHAR, O. / SCHNEIDER, C. E.: "The Failure of Mandated Disclosure", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, 2011, pp. 679-729; ATAMER Y.M.: "Duty of responsible lending: should the European Union take action", GRUNDMANN, S. / ATAMER, Y.M, *Financial services, financial crisis and general European contract law. Failure and challenges of contracting,* Ed. Kluwer Law International, United Kingdom, 2011, pp. 188-189; PRIDGEN, D.: "Putting Some Teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010", *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 24, Issue 4, Article 8, 2012, pp. 621-627; KILBORN, J. J.: "Behavioral economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions", *Emory Bankruptcy Developments Journal*, Vol. 22, Issue 13, July 2005, p. 23; COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 84-88; ZUNZUNEGUI, F.: "Remedios contractuales a la mala conducta bancaria", *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, Nº 1, 2021, pp. 63-114, consultado en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, WP 1/2021, p. 6.

Con la DCC –de forma insuficiente–[218] y, posteriormente, con la DCI, se amplían los medios de protección a los consumidores, superando la mera información precontractual por parte del prestamista[219]. De esta manera, la normativa refleja el cambio de paradigma en la protección del consumidor: se pasa del «modelo liberal» a un «modelo social», según el cual el consumidor es vulnerable en ciertas relaciones contractuales a las que se ve abocado por las circunstancias sociales, de modo que precisa de la protección del Estado a través de la regulación del mercado[220]. Se trata de una evolución normativa que, tras la crisis financiera del año 2008, está presente también en otros ordenamientos, como el estadounidense[221]. Se constata la insuficiencia de la información para evitar el sobreendeudamiento activo de los consumidores debido a los límites de su capacidad de

[218] Así lo señaló el CESE, al considerar que la DCC, al estar «basada en la información al consumidor, no resulta suficiente para evitar el sobreendeudamiento» [cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, p. 43].

[219] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E: "La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 149, enero-marzo, 2018, pp. 65-94 [consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas].

[220] Vid. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union, ob. cit., p. 51; COLLADO RODRÍGUEZ, N.: La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 96.

[221] *Vid.* PRIDGEN, D.: "Putting Some Teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010", ob. cit., pp. 627-635.

decisión[222]. Con este enfoque regulatorio, la relación contractual crediticia se sitúa entre la clásica concepción liberal de la búsqueda del propio interés por las partes, y la relación fiduciaria[223].

Este cambio regulatorio se enmarca en el cambio de paradigma global de la regulación financiera que coloca la protección del cliente en el centro y que cristaliza en el principio de actuación en el mejor interés del cliente[224].

---

[222] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., pp. 52-53; RAMSAY, I.: "From truth in lending to responsible lending", HOWELLS, G. / JANSSEN, A. / SCHULZE, R., *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Dartmouth, 2005, pp. 47-65, consultado en Working Paper, p. 11. También ZUNZUNEGUI, F. señala al respecto: «En teoría, la información convierte al cliente en una persona autónoma y responsable, capaz de tomar sus propias decisiones con conocimiento de causa y asumir los riesgos asociados a las mismas. Con la obligación de evaluar al cliente se viene a reconocer la insuficiencia de la transparencia informativa para lograr esos objetivos y la necesidad de evaluar la solvencia del cliente por parte del prestamista profesional.» (cfr. "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 4).

No obstante, la minuciosidad con que la DCI regula las obligaciones de información da muestra de la importancia que la UE sigue dando a este medio de protección del consumidor (*vid.* ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ARROYO AMAYUELAS, E. / SERRANO DE NICOLÁS, A. (Dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 49). Ambos modelos –el modelo social, y el modelo basado en la información– parecen considerarse complementarios. Sin embargo, no debe perderse de vista que la mera disponibilidad de la información no basta, y que existen factores (*v.gr.* contenido y disposición de la información, características personales del consumidor, etc.) que afectan a la eficacia de la información como medio de protección (*Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., pp. 54-55. En el mismo sentido, *vid.* PRIDGEN, D.: "Putting Some Teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010", ob. cit., p. 638). A mayor abundamiento, el prestatario carece de incentivos para denunciar el incumplimiento por parte del prestamista de las obligaciones de información. En el ámbito administrativo-sancionador, la imposición de sanciones al prestamista no beneficia en modo alguno al prestatario perjudicado, por lo que raramente derivan denuncias de los clientes, sino que traen causa de inspecciones *in situ* por parte del supervisor (a través del llamado «*mystery shopping*»). Para tener efectos en la esfera contractual, el prestatario deberá interponer una acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento (ex art. 1301 CC) que, de estimarse, ocasionaría el deber de las partes de restituirse las contraprestaciones (ex art. 1303 CC), lo que supondría el deber del prestatario de devolver el principal sin el beneficio del plazo. Por tanto, a pesar del empeño de la UE de mantener exhaustivas obligaciones de información, las razones apuntadas demuestran sus limitaciones tuitivas del consumidor.

[223] *Vid.* RAMSAY, I.: "Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", ob. cit., p. 162.

[224] Cfr. FINANCIAL SERVICES USERS GROUP (FSUG): « The idea behind the concept of responsible lending is that lenders should not act solely in their own interests but that they should also take into account the borrowers' interests and needs throughout the relationship in order to prevent consumer detriment, but also prevent social, societal and economic detriment, at macro-level, when indebtedness reach high levels. » (*Responsible consumer credit lending*, FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive, 8 April 2019, p. 6). Muestra de este cambio de paradigma es el salto cualitativo en las obligaciones de conducta que ha dado el supervisor del Reino Unido con la publicación de la *Consumer Duty* (*vid.* FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: *A new Consumer Duty*, Feedback to CP21/36 and final rules, Policy Statement PS22/9, July 2022). Para una visión general de esta nueva normativa, *vid.* https://www.fca.org.uk/firms/consumer-duty.

Este cambio no es exclusivo del mercado de crédito, sino que afecta a la normativa de los tres mercados –de crédito, de inversión y de seguros–, pues no hay que perder de vista que los mismos conforman un *sistema* –el financiero– que debe basarse en los mismos principios[225]. Por este motivo, la DCI debe guardar una «cierta coherencia»[226] con la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros ("DMS") y con la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros ("DMIF", más comúnmente denominada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como "MiFID I" por sus siglas en inglés, motivo por el cual será las que utilizaremos)[227]; marco normativo que ha sido superado por la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros ("DDS" o, más comúnmente, "IDD", por sus siglas en inglés), y por la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros ("MiFID II").

En este sentido, la normativa sobre mercado de valores marca el camino de la nueva regulación de los mercados[228]. A la cabeza de las «Disposiciones para garantizar la protección del inversor» establecidas en la MiFID II se encuentra la obligación de las empresas de servicios de inversión de actuar «con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes» (cfr. art. 24.1 MiFID II); enunciación

[225] Así lo ha entendido la doctrina: «Las bases del sistema financiero son universales. El mercado es el canal a través del cual el ahorro como patrimonio estático se convierte en patrimonio dinámico financiando la inversión. Su ordenación forma un sistema, el financiero, identificado como el conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos. En este marco se pueden distinguir, desde el punto de vista económico, tres modalidades de asignación del ahorro: una directa acudiendo al mercado de valores y otras dos indirectas, a través de la banca o del seguro.» (cfr. ZUNZUNEGUI, F.: *La prestación bancaria de servicios de inversión*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, p. 17).

[226] Cfr. Considerando 28 de la DCI, al referirse a la actividad de los intermediarios, que muchas veces combinan la intermediación crediticia con la de seguros o la prestación de servicios de inversión.

[227] *Vid.* Considerando 28 de la DCI.

[228] En este sentido, *vid.* ZUNZUNEGUI, F., quien destaca: «La concesión de crédito inmobiliario está reglamentada. Se concibe como un servicio de acceso al crédito en interés del prestatario persona física. Se sigue el modelo del sistema MiFID aplicado en los servicios de inversión. Al igual que en el sistema MiFID, en la prestación del servicio de crédito hay un doble filtro para garantizar que el producto comercializado satisface las necesidades del cliente. Hay normas de gobierno de productos, que condicionan la producción y distribución de los préstamos a la satisfacción de las necesidades de los clientes a los que se destinan, y unas normas de conducta, de conocer al cliente, evaluarle y suministrarle por personal cualificado información clara y comprensible sobre el producto ofrecido.» (cfr. "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 3).

que ha mantenido la literalidad con que estaba recogido este principio en el art. 19.1 de la MiFID I, vigente desde 2004. Así, la actuación en el «mejor interés del cliente» se erige como principio vertebrador de las normas de conducta dispuestas en esta Directiva y como su criterio de interpretación[229].

La influencia de este principio sobre la regulación del resto de mercados financieros es indudable. La DCI acoge esta visión normativa, señalando en el Considerando 31 que el marco jurídico del crédito hipotecario «debe infundir en los consumidores confianza en que los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados *tienen en cuenta los intereses del consumidor*», y añade que «para instaurar la confianza, es fundamental garantizar en el sector un elevado grado de equidad, honestidad y profesionalidad, una gestión adecuada de los conflictos de intereses, en especial los derivados de la remuneración[230], y exigir que se preste asesoramiento al servicio de los intereses de los consumidores.».

Si bien es en el ámbito del asesoramiento donde la DCI recoge el principio de actuación en el mejor interés del cliente con mayor claridad[231], la obligación de actuar en interés del cliente excede de este ámbito. El art. 7.1 de la DCI encabeza las «Normas de conducta en la concesión de créditos al consumidor» con la obligación de que los prestamistas actúen «de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, *teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores*» con base en «la información sobre las circunstancias del consumidor y en cualquier requisito específico que haya dado

[229] *Vid.* ENRIQUES, L. / GARGANTINI, M.: «The Expanding Boundaries of MiFID's Duty to Act in the Client's Best Interest: The Italian Case», *The Italian Law Journal*, Vol. 3, Num. 2, 2017, p. 486. Se ha llegado a afirmar que la contravención del principio de actuar en el mejor interés del cliente puede incluso representar base suficiente para exigir responsabilidades administrativas (art. 70.3.a.x MiFID II) o civiles (art. 69.2 MiFID II) a las entidades cuando el cumplimiento sustancial de específicas normas de conducta resulta insuficiente para asegurar que el interés del inversor esté siendo debidamente protegido (*vid. ibidem*, p. 491).

[230] Este principio se relaciona específicamente con normas de remuneración del personal, que se establecen «con el fin de limitar las malas prácticas de venta y de garantizar que la forma de remuneración del personal no impida cumplir la *obligación* de *tener en cuenta los intereses del consumidor*» y, en particular, evitar que las políticas de remuneración se estructuren de modo que «incentive al personal a celebrar un número o un tipo determinado de contratos de crédito, o a ofrecer al consumidor ciertos servicios accesorios *sin tener expresamente en cuenta sus necesidades e intereses*»; previendo incluso que los Estados puedan definir ciertas prácticas como «prácticas contrarias al interés del consumidor» (cfr. Considerando 35 DCI).

[231] Así, cuando se ofrezca este servicio, los Estados miembros deberán garantizar que los prestamistas, los intermediarios de crédito o los representantes designados «*actúen en el mejor interés del consumidor*» informándose de sus «necesidades y circunstancias» y «recomendándole contratos de crédito adecuados» (art. 22.3 DCI), y que la estructura de las remuneraciones del personal involucrado no afecte «a su capacidad de *actuar en interés del consumidor*» (art. 7.4 DCI).

a conocer un consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito», cuando lleven a cabo cualquiera de las siguientes actuaciones: «elaborar productos crediticios o conceder créditos, o prestar servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el crédito y, en su caso, servicios accesorios a los consumidores, o cuando ejecuten un contrato de crédito». Es decir, la actuación *honesta, imparcial, transparente y profesional* del prestamista, *teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores*, resulta exigible a lo largo de toda la vida del contrato de crédito, desde su elaboración (diseño) hasta su ejecución.

Finalmente, en el mercado de seguros, el «Principio General» recogido en el art. 17 de la IDD, que abandera las Normas de Conducta del Capítulo V de la Directiva, dicta la obligación de los intermediarios o los distribuidores de seguros, cuando desarrollen actividades de distribución de seguros, de actuar «siempre con honestidad, equidad y profesionalidad, *en beneficio de los intereses de sus clientes*».

La regulación del préstamo responsable en Derecho español se hace eco de este principio general de actuación en el mejor interés del cliente, que se recoge en el art. 29 de la LES, aunque referido únicamente al cumplimiento de las obligaciones de información precontractual[232]. Sin embargo, el apartado 1 de la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012, en desarrollo del art. 18 de la OTP, dispone:

> «A efectos de asegurar la adecuada aplicación práctica del concepto de préstamo responsable a que se refiere el capítulo I del título III de la Orden, 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.»

A la vista del contenido de este precepto, sólo será responsable el préstamo concedido atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de los clientes, de manera que se adecue de forma específica a sus necesidades y situación

[232] «(…) 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 (…)» (art. 29.1 de la LES). En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2883.

tras haberlas valorado de forma imparcial y objetiva[233]. La referencia al «capítulo I del título III de la Orden» (en el cual se contiene únicamente el art. 18 de la OTP), y no al art. 9 de la OTP que desarrolla el deber de dar «Explicaciones adecuadas»[234] a las que se refiere el art. 29.1 de la LES, nos sitúa en el ámbito la evaluación de la solvencia[235]. En este contexto –señala la Circular– las entidades deberán «actuar honesta, imparcial y profesionalmente». La concreción de este deber general es la obligación de las entidades de ajustar la oferta y concesión de préstamos o créditos, y la eventual prestación de servicios accesorios, a la «situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes».

Por su parte, el Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012, que recoge los principios generales aplicables para la concesión de préstamo responsable, señala que las entidades deberán contar con políticas de oferta y comercialización de préstamos o créditos[236] que tomen en consideración «la situación personal y financiera, así como las necesidades e intereses de los clientes», y conforme a las cuales se eviten técnicas de venta que puedan llevar a los clientes «a suscribir préstamos o créditos que no se adapten a sus deseos o necesidades y, por tanto, les resulten *inútiles*» (cfr. Principio 4 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

[233] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., 2014, p. 208. También DÍAZ RUIZ, E. señala que una de las novedades que ha introducido la LES es «la de la obligación de las entidades de crédito de evaluar en profundidad la celebración de contratos —y muy especialmente, la concesión de los créditos y préstamos— con su clientela en general y con los consumidores en particular, no sólo desde el punto de vista de la solvencia (…), sino también de la conveniencia para sus clientes.» (cfr. "Crédito bancario responsable", ob. cit., p. 224). En la misma línea, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable", *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 46, 2018, pp. 73-101, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

[234] El art. 9 de la OTP establece: «Las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente *explicaciones adecuadas* y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera. […]».

[235] En contra, *vid.* CUENA CASAS, M., quien señala que, de acuerdo con el art. 29.1 de la LES, la adecuación del préstamo o crédito a los intereses del cliente sólo vendría referido al cumplimiento de los deberes de información "*de distinto alcance de la obligación estricta de evaluar la solvencia*", y no vendría recogido en la normativa de desarrollo ("Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2883).

[236] El Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012 pone en relación la actuación en el mejor interés del cliente con las prácticas de remuneración de las personas encargadas de la comercialización de préstamos o créditos (empleados o intermediarios ajenos a la entidad), señalando que las mismas deberán incentivar el cumplimiento de los principios en él recogidos, evitando estimular el incremento incondicionado del volumen de operaciones (*vid.* Principio 4, párrafo segundo).

Por tanto, el principio de actuación en el mejor interés del cliente orienta e informa el préstamo responsable, tanto en su sentido amplio, como en su sentido estricto comprensivo del deber de evaluar la solvencia del prestatario[237].

También la normativa especial recoge este principio, si bien con distinto alcance. Así, mientras que la LCC, transponiendo la DCC, reconoce el deber de actuar en interés del cliente como un deber de asistencia, facilitando al consumidor «explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera» (cfr. art. 11 LCC; art. 5.6 DCC); la LCCI incluye en su art. 5 los «Principios de actuación en la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios» con los que encabeza la Sección 1ª sobre «Disposiciones generales» del Capítulo II «Normas de protección del prestatario» –incluida la obligación de evaluar la solvencia (art. 11 LCCI)–, entre los que se encuentra la actuación en interés del cliente, en los siguientes términos:

> «1. Los prestamistas, los intermediarios de crédito inmobiliario y los representantes designados actuarán de *manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios*, tanto en la *elaboración de productos crediticios, la concesión de préstamos, prestación de servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el préstamo* o, en su caso, de servicios accesorios, como en la ejecución de los contratos de préstamo.
>
> 2. *En la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el préstamo, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario* y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo. En cuanto a la prestación de servicios de *asesoramiento*, la actividad se basará también en la *información obtenida del prestatario sobre su situación personal y financiera, así como sobre sus preferencias y objetivos, de modo que puedan recomendar contratos de préstamo adecuados*. El análisis se basará en información que esté actualizada en la fecha de que se trate, y tendrá en cuenta hipótesis razonables sobre los riesgos existentes para la situación del prestatario a lo largo de la vigencia del contrato de préstamo propuesto. […]»

Esta diferencia pone de manifiesto la evolución en los objetivos del préstamo responsable, el paso de la protección del cliente a través de la información a su protección a través de la evaluación de la solvencia. Mientras que la DCC (2008) reconoce que debe preservarse el interés del cliente mediante explicaciones adecuadas que permitan al

[237] En este sentido, *vid.* CHEREDNYCHENKO O. O. / MEINDERTSMA, J. M.: "Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 42, 2019, p. 487.

consumidor analizar *él mismo* si el crédito ofrecido se adapta a sus intereses[238] (y en esos términos se transpuso a través de la LCC en 2011); la DCI (2014), reconoce que la mera información no es suficiente, y que la actuación en el mejor interés del cliente se concreta en una actuación «honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios» a lo largo de toda la vida del producto, desde su diseño hasta su concesión, con o sin asesoramiento, con base «en la información sobre las circunstancias del prestatario». Prueba de este cambio de paradigma es que la DCI establece que la forma en que los prestamistas remuneren a su personal –incluido aquel encargado de la evaluación de la solvencia– no debe impedirles cumplir la obligación de actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores (cf. art. 7 DCI, transpuesto en el art. 18 LCCI[239]):

> «La forma en que los prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados remuneran a su personal es uno de los elementos básicos para garantizar la confianza del consumidor en el sector financiero. La presente Directiva establece normas de remuneración del personal con el fin de limitar las malas prácticas de venta y de garantizar que la forma de remuneración del personal no impida cumplir la obligación de tener en cuenta los intereses del consumidor. Es importante, en particular, que los prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados no estructuren sus políticas de remuneración de un modo que incentive al personal a celebrar un número o un tipo

[238] Así lo ha confirmado el TJUE en su Sentencia de 6 de junio de 2019, en el asunto C‑58/18, Michel Schyns y Belfius Banque SA (ECLI:EU:C:2019:467), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 5.6 de la DCC, planteada por la Justice de Paix du canton de Visé (Juez de Paz del cantón de Visé, Bélgica) en el marco de un litigio entre el Sr. Michel Schyns y Belfius Banque SA, en relación con un contrato de préstamo que el Sr. Schyns suscribió con Belfius Banque SA para financiar la instalación de paneles fotovoltaicos por Home Vision SPRL. En dicha resolución, el TJUE confirma: «Aunque el artículo 6 de la Propuesta de Directiva […], titulado ««Información recíproca y previa y obligación de asesoramiento», preveía, en su apartado 3, que «el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, buscarán entre los contratos de crédito que ofrezcan, o […] para los que intervengan habitualmente, el tipo y el importe total del crédito mejor adaptados, teniendo en cuenta la situación financiera del consumidor, los riesgos, las ventajas y las desventajas del producto propuesto y el objetivo del crédito», esta obligación no se mantuvo en la versión final de la Directiva 2008/48. De ello se deduce que esta Directiva no impone a los Estados miembros una obligación general de que los prestamistas propongan a los consumidores el crédito que mejor se adapte.» (cfr. Apartado 26). Lo anterior, sin embargo, no obsta para concluir que «[…] una normativa nacional que impone a los prestamistas o a los intermediarios de crédito la obligación de buscar y de presentar al consumidor el crédito que mejor se adapte a sus necesidades no excede del margen de maniobra concedido a los Estados miembros por la Directiva 2008/48 respetando las disposiciones armonizadas de la misma.» (cfr. apartado 35).

[239] En contra del criterio expresado por el Consejo de Estado en su Dictamen, la LCCI no estableció medidas más concretas, como, por ejemplo, hacer depender la percepción de incentivos retributivos a que los índices de morosidad no aumentaran. *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado 709/2017, de 14 de septiembre, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

determinado de contratos de crédito, o a ofrecer al consumidor ciertos servicios accesorios sin tener expresamente en cuenta sus necesidades e intereses. (…)»[240]

La revisión de la DCC pone de manifiesto que esta sigue siendo la tendencia regulatoria, destacando como uno de los objetivos de la nueva Propuesta de DCC 2021 «garantizar que la concesión de crédito se base en una evaluación exhaustiva del mejor interés del consumidor»[241], tal y como recoge el art. 18.1 de la Propuesta de DCC 2021: «Dicha evaluación se realizará en interés del consumidor, a fin de prevenir las prácticas de préstamo irresponsables y el endeudamiento excesivo»[242].

Por lo demás, la Disposición final tercera de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas[243] ha modificado el art. 5 de la LOSEC, incluyendo en su apartado 1 el principio de actuación en el mejor interés del cliente: «Las entidades de crédito actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, con respeto a los derechos y los intereses de la clientela.».

Atendiendo a lo anterior, cabe concluir que el legislador español ha impuesto obligaciones de diligencia en la concesión de préstamos que se concretan en el análisis tanto de la capacidad del cliente de atender sus obligaciones crediticias, como de la «conveniencia» de la operación teniendo en cuenta su deber de actuar en el mejor interés del cliente[244].

En este punto, conviene aclarar la idea que subyace a este principio común de actuación en el mejor interés del cliente, tanto en el ámbito de los servicios de inversión, como en el de los servicios de crédito y seguros, pues el papel que juega el cliente en la operación no es el mismo y, por tanto, pudiera cuestionarse que su protección debiera ser

[240] Cfr. Considerando 35 de la DCI.

[241] El objetivo se enuncia literalmente como «*Credit granting based on thorough assessment of the consumer best interest*» [cfr. EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], p. 64].

[242] Cfr. Art. 18.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 54.

[243] BOE núm. 234, de 29/09/2022.

[244] *Vid.* DE LA PEÑA, L. / LÓPEZ FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", ob. cit., pp. 49-50; LUQUIN BERGARECHE, R., que analiza la obligación de evaluar la solvencia prevista en la LCC desde este punto de vista (*El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 154).

igual[245]. Así, mientras que en el mercado de instrumentos financieros el cliente es un inversor ("prestamista") que pone en riesgo sus ahorros, en el mercado de crédito el cliente es el prestatario de una financiación, de modo que quien soporta el riesgo de la concesión –y del eventual impago– es la entidad financiera prestamista. Por lo demás, en el caso del mercado de seguros, es igualmente la entidad aseguradora quien asume el riesgo asegurado, y no el cliente (tomador-asegurado).

Sin embargo, las Directivas europeas MiFID II, IDD y DCI son claras al sustentar la protección que brindan al cliente sobre el mismo principio de actuación en su mejor interés, reconocido entre los principios enunciados por el G20 para la protección de los consumidores financieros[246]. La razón de esta política legislativa entiendo que es doble.

Por un lado, la protección que se brinda al cliente no viene motivada tanto por su papel de acreedor o de deudor (de inversor-prestamista o de prestatario), sino por su papel

[245] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 227.

[246] *Vid.* ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD): *G20 High Level Principles on Financial Consumer Protection*, October 2011, p. 7 (principio 6: «Responsible Business Conduct of Financial Services Providers and Authorised Agents»): «*Financial services providers and authorised agents should have as an objective, to work in the best interest of their customers and be responsible for upholding financial consumer protection. Financial services providers should also be responsible and accountable for the actions of their authorised agents*. (…)».

de consumidor-usuario de un servicio financiero[247] cuyo proveedor es un profesional objeto de regulación y supervisión, y cuya prestación está sujeta al cumplimiento de un conjunto de normas de conducta, entre las cuales se encuentran aquellas relativas al préstamo responsable. Como se ha señalado, «las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones»[248]. Se trata de una visión regulatoria que parte del paradigma de los servicios de inversión, que como tal tienen la naturaleza de comisión mercantil y, por tanto, se basan en el principio de actuación en interés del cliente[249]. Tal principio de actuación se extrapola ahora, por motivos de política regulatoria de protección del cliente, al resto de los servicios financieros[250]. La idea que subyace es que la banca debe actuar en favor del cliente, no en su contra[251].

[247] El art. 2 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOUE L 271, 9.10.2002, p. 16–24) define los servicios financieros como «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago». *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones: "Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada", Bruselas, 23 de marzo de 2017 [COM(2017) 139 final], p. 3, donde señala: «Los servicios financieros al por menor forman parte integrante de la vida corriente de todos. Estos servicios comprenden las cuentas bancarias, las tarjetas de pago, los créditos hipotecarios y al consumo, los seguros y los productos de ahorro a largo plazo, en especial de cara a la preparación de la jubilación.». Asimismo, por su carácter didáctico, *vid*. ASMUNDSON, I: "What Are Financial Services?", *Finance & Development*, March 2011, pp. 46-47: «*A financial service is not the financial good itself—say a mortgage loan to buy a house or a car insurance policy—but something that is best described as the process of acquiring the financial good. In other words, it involves the transaction required to obtain the financial good. The financial sector covers many different types of transactions in such areas as real estate, consumer finance, banking, and insurance. It also covers a broad spectrum of investment funding, including securities (see box). But distinctions within the financial sector are not neat.* […] *At its heart, the financial sector intermediates. It channels money from savers to borrowers, and it matches people who want to lower risk with those willing to take on that risk.* […] *The bank provides a variety of services as part of its daily business. The service to depositors is the care the bank takes in gauging the appropriate interest rate to charge on loans and the assurance that deposits can be withdrawn at any time. The service to the mortgage borrower is the ability to buy a house and pay for it over time. The same goes for businesses and governments, which can go to the bank to meet any number of financial needs. The bank's payment for providing these services is the difference between the interest rates it charges for the loans and the amount it must pay depositors.* […] *The mechanisms that intermediate these flows can be complicated, and most countries rely on regulation to protect borrowers and lenders and help preserve the trust that underpins all financial services*.».

[248] Cfr. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº 16, 2014, pp. 141-160. Consultado en SSRN, Working Paper, p. 20.

[249] De conformidad con el art. 255 del Código de Comercio, según el cual el comisionista está obligado a cuidar de los intereses del cliente como si fueran propios.

[250] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Remedios contractuales a la mala conducta bancaria", ob. cit., p. 5.

[251] Cfr. REIFNER, U.: «Europe needs banking for, and not against, its people.» ("European Coalition for Responsible Credit - Principles of Responsible Credit", ob. cit., p. 420).

El foco está, por tanto, en la persona y en la relación de servicio con las entidades financieras. Al regular el préstamo responsable, el legislador está pensando en relaciones bancarias, basadas en la confianza[252], en las que el banco presta el servicio de acceso al mercado de crédito, donde no sólo se ajusta el precio de la financiación a las circunstancias del cliente, sino también a las circunstancias del mercado.

Por otro lado, la normativa sobre préstamo responsable se fija en cada operación de préstamo o crédito en particular, pero no solamente: en ella subyace la idea de *sistema*, de funcionamiento de los servicios financieros como un entramado de relaciones interconectadas e interdependientes. Todas ellas se basan en la relación banco-cliente, en la confianza. De este modo, el mismo cliente que tiene sus ahorros depositados en el banco, en un momento dado destina parte de ellos a inversiones en el mercado valores, y es prestatario de un crédito hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual junto con el cual contrató en su día un seguro de vida. En una sola relación de confianza el cliente está participando en los tres mercados financieros. La creciente complejidad de los servicios financieros hace que incluso en una misma operación pueda darse una participación en los distintos mercados (pensemos, por ejemplo, en la suscripción de un préstamo hipotecario multidivisa, en la contratación de un seguro *unit-linked*, o en una compra de acciones financiada con garantía pignoraticia del propio instrumento financiero). Por este motivo, el legislador comunitario unifica el fundamento de la regulación financiera, basándola en un principio común tuitivo de los intereses del consumidor-usuario[253]; protección que −con buen criterio−, en algunos supuestos, el legislador hace extensible a todas las personas físicas, sean consumidores, o empresarios o profesionales.

En suma, este «principio de actuación en el mejor interés del cliente» concreta en el mercado financiero el principio general de buena fe (arts. 7 y 1.258 CC), y debe informar la interpretación de la normativa evaluación de la solvencia e integrar sus

[252] «Recordemos que nos situamos en la relación banco-cliente, basada en la confianza. De no haber confianza en nuestro banco, jamás le encomendaríamos la custodia de nuestros ahorros. Partir como módulo de conducta de la desconfianza del cliente hacia su banco, sería negar la actividad bancaria.» (cfr. ZUNZUNEGUI, F.: *La prestación bancaria de servicios de inversión*, ob. cit., p. 24).

[253] «A veces se olvida que los servicios financieros deben satisfacer las necesidades de los usuarios. El objetivo de la banca no puede limitarse a distribuir sus productos para ganar comisiones y realizar márgenes. Hay que atender a la demanda, a las necesidades de crédito, de asesoramiento en las inversiones, de servicios de pago. En estos momentos de crisis, la falta de atención a los intereses de los usuarios demuestra la disfuncionalidad del sistema.» (cfr. ZUNZUNEGUI, F.: *La prestación bancaria de servicios de inversión*, ob. cit., p. 24).

eventuales lagunas (cf. art. 1.4 CC)[254]; en particular –como veremos– en relación con la actuación debida por el prestamista atendiendo al resultado de la evaluación de la solvencia. Igualmente, este principio general cobra especial relevancia al valorar los posibles incumplimientos de esta obligación y determinar sus consecuencias jurídicas[255].

Junto a este proceso de evolución regulatoria que constata la insuficiencia de la información para proteger al cliente, se da otro que implica el traslado del deber de evaluar la solvencia del prestatario desde la normativa prudencial bancaria hacia la normativa de conducta de protección del cliente, en el marco del deber más amplio de las entidades de actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional[256]. Así, la obligación de evaluar la solvencia del prestatario se ha trasladado desde el marco de supervisión bancaria sobre control de riesgos de las entidades financieras, a la normativa sobre transparencia y tutela del cliente bancario, primero; y a las normas sobre protección de consumidores, después; pasando de una protección indirecta del cliente bancario a través del cuidado de la solvencia de las entidades de crédito, a una tutela directa de los intereses de los clientes[257], lo que tiene como principal consecuencia –como veremos– que pueda exigirse al prestamista responsabilidad por el incumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario[258].

4.2.2. La evaluación de la solvencia del prestatario como norma de conducta de las entidades de crédito

La evaluación de la solvencia se enmarca en la normativa de protección y transparencia del cliente, frente a la gestión del riesgo de crédito que forma parte de la normativa prudencial. Ambos términos no son unívocos, y conviene delimitarlos conceptualmente pues, si bien se trata de cuestiones estrechamente relacionadas, su regulación difiere, pues también sus objetivos principales son distintos.

---

[254] Si bien es cierto que "no hay efecto legal para el caso de que el deudor sea solvente pero el préstamo «no se ajuste a sus intereses o necesidades»" (cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2883), más adelante desarrollaremos las implicaciones del principio de actuación en el mejor interés del cliente para valorar el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y las consecuencias de su incumplimiento (*vid.* Capítulo III).

[255] *Vid.* Capítulo III.

[256] En este sentido, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable", ob. cit.).

[257] *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.2.

[258] *Vid.* Capítulo IV.

El Banco de España define la normativa prudencial como aquella dirigida a asegurar que las entidades de crédito operan con recursos propios suficientes para asumir los riesgos derivados de su actividad, con el fin último de preservar la estabilidad del sistema financiero[259]. En la actualidad, esta normativa se basa en los requisitos de solvencia que deben cumplir las entidades de crédito establecidos en Basilea III[260], que han sido incorporados al Derecho comunitario a través del Reglamento (UE) nº 575/2013, de 26 de junio[261], y la Directiva 2013/36/UE de la misma fecha[262]; regulación, a su vez, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la LOSEC y del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero[263], que la desarrolla, así como de Circulares del Banco de

[259] *Vid.* Sitio web del Banco de España, «Solvencia de las entidades de crédito» (https://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/normativa/regulacion/Solvencia/). En términos similares, *vid.* Bank of England, «*Prudential regulation*» (https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation).

[260] Se conoce como «Basilea III» al conjunto de medidas desarrolladas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, integrado en el Banco de Pagos Internacionales (más conocido como "BIS", por sus siglas en inglés), en respuesta a la crisis financiera de los años 2007-2009 (*vid.* COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA: *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera: informe al G-20*, Banco de Pagos Internacionales, octubre de 2010). Dichas medidas han sido posteriormente ampliadas y reformadas, formando en conjunto el marco de Basilea consolidado −cuyo análisis excede el objeto de nuestro estudio−. *Vid.* Sitio web del BIS (https://www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm).

[261] Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 (DOUE núm. 176, de 27 de junio de 2013, páginas 1 a 337, DOUE-L-2013-81261).

[262] Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DOUE núm. 176, de 27 de junio de 2013, páginas 338 a 436, DOUE-L-2013-81262).

[263] BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2015, páginas 12319 a 12398, BOE-A-2015-1455.

España que completan la transposición[264] y otras que desarrollan aspectos de auditoría y contabilidad en materia de gestión del riesgo de crédito[265].

Por tanto, la regulación prudencial aborda los requisitos que las entidades de crédito deben reunir en materia de solvencia y de gestión de riesgos y, en particular, en lo relativo a la cuestión que nos ocupa, establece normas para la gestión del riesgo de crédito. En este contexto, la evaluación de la solvencia del prestatario ha formado parte tradicionalmente de las medidas adoptadas por las entidades para gestionar el riesgo de crédito. Su adopción se enmarcaba en la libertad de empresa, y su objetivo era garantizar el buen fin de la operación, asegurando el recobro del crédito y, a su vez, maximizar su rentabilidad.

La normativa prudencial comunitaria antes citada no alude expresamente a la «evaluación de la solvencia» del prestatario, sino que aborda la gestión del riesgo de crédito[266]. En este sentido, se dispone que las entidades deben «basar la concesión de

[264] *Vid.* Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2014, pp. 8929-8938, BOE-A-2014-1183); y 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) n.º 575/2013 (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2016, pp. 9942-10029, BOE-A-2016-1238).

[265] *Vid.* Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE núm. 296, de 6 de diciembre de 2017, pp. 119454-120041, BOE-A-2017-14334), que deroga la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2004, pp. 42410-42508, BOE-A-2004-21845), si bien señala en su Preámbulo: «Antes de destacar los cambios que esta circular introduce, es pertinente señalar que se mantienen las modificaciones incorporadas mediante la Circular 4/2016, de 27 de abril, en el anejo 9, tendentes a reforzar la gestión del riesgo de crédito, la correcta clasificación de las operaciones, la solidez de las estimaciones individuales y colectivas de coberturas, el adecuado tratamiento de las garantías a efectos contables y la correcta valoración de los adjudicados.». Tal y como señala en su introducción, dicho Anejo 9 «tiene un doble objetivo: a) Establecer un marco general de gestión del riesgo de crédito en el que deben sustentarse los criterios para la clasificación de las distintas operaciones en función de dicho riesgo y para la estimación prudente de sus niveles de cobertura de la pérdida por riesgo de crédito. b) Fijar referencias que faciliten tanto la aplicación homogénea de los citados criterios de clasificación y cobertura como una mayor comparabilidad entre los estados financieros de las distintas entidades.».

[266] *Vid.* BALBUENA RIVERA, M., quien destaca que, «en comparación con los países de nuestro entorno, España ha sido una excepción en materia de regulación de la responsabilidad en la concesión de financiación a los particulares y de las situaciones de sobreendeudamiento, teniendo un reflejo muy localizado en el establecimiento de determinados preceptos relativos a las necesidades de información para el análisis de la capacidad de pago en los procesos de admisión de los clientes que obedecían, en gran medida, a las necesidades de controlar las pérdidas de las carteras crediticias de las entidades como consecuencia de los impagos de los consumidores, tratando de mitigar sus efectos perniciosos para la solvencia de las instituciones, la estabilidad del sistema financiero y de la economía en general.» [cfr. "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 132-133].

créditos en criterios sólidos y bien definidos», establecer «un procedimiento claro de aprobación, modificación, renovación y refinanciación de créditos», y contar con «metodologías internas que les permitan evaluar el riesgo de crédito de las exposiciones frente a deudores» (cfr. art. 46 Real Decreto 84/2015, que transpone el art. 79 Directiva 2013/36/UE).

Esta normativa prudencial, que tiene por objeto la gestión del riesgo de crédito para la preservación de la solvencia de la entidad, tiene como finalidad la protección del propio prestamista, pues ello le permite ajustar el coste del crédito en función de la prima de riesgo y, en su caso, provisionar el riesgo de impago[267]. El efecto sistémico derivado de la dispersión del riesgo de crédito a través del mercado secundario de titulizaciones hace que podamos identificar al conjunto del mercado como destinatario de la protección que pretende brindar la normativa prudencial, lo que justifica establecer sanciones administrativas ante el incumplimiento.

Junto a las normas prudenciales que tienen como finalidad proteger la estabilidad del mercado mediante la salvaguarda de la solvencia de las entidades, la doctrina distingue otras dos categorías de normas en la ordenación del mercado financiero: las normas concurrenciales, que desarrollan el principio de eficiencia y garantizan la competencia en el mercado y la gestión de los distintos mercados financieros; y las normas de conducta, que procuran la protección de la transparencia –y, de manera más

[267] *Vid.* ATAMER Y.M., quien señala: «The Basel accords are mainly intended for the protection of banks, investors and public interest, not any borrower. In case a credit institute violates these requirements sanctions are imposed by public law and not private law. The borrower himself cannot refer to these provisions to substantiate a damages claim if the bank lends in a reckless way.» ("Duty of responsible lending: should the European Union take action", ob. cit., p. 200). También BALBUENA RIVERA, M., quien desataca el cambio de visión de las entidades respecto al riesgo, pasando de ser un elemento que se debía evitar a un elemento que se podía gestionar. Gracias a la posibilidad de medición del riesgo (a partir de los años 90) y la estimación de las pérdidas que puede sufrir la entidad como consecuencia de sus actividades, «hoy se entiende el riesgo como la materia prima del negocio bancario y, mediante el ejercicio de una adecuada gestión y control del mismo, se busca el equilibrio necesario para preservar la solvencia maximizando la rentabilidad de la inversión» [cfr. "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., pp. 142-143].

amplia, la protección del cliente– y fijan la conducta profesional[268], estableciendo los criterios que deben regir las relaciones de la entidad de crédito con sus clientes[269] y que se integran en su estatuto profesional[270].

El fin de las normas de conducta es, por tanto, la protección del cliente; protección que, no obstante, se ha brindado tradicionalmente, de manera indirecta, a través de las normas prudenciales[271]. No cabe duda de que, tanto la protección de consumidor –y, en un sentido más amplio, del cliente–, como la supervisión prudencial, tienen un interés común en minimizar los riesgos para la estabilidad financiera[272]. En este sentido, la promoción de la eficiencia económica, la protección del consumidor y la estabilidad financiera (prudencial) se han identificado como objetivos que justifican la regulación del

[268] *Vid*. ZUNZUNEGUI, F.: "La regulación jurídica del mercado financiero en una economía globalizada", COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (Coord.), *Temas actuales de derecho comercial*, Ed. Normas Legales, Trujillo, (Perú), 2004, pp. 726-729. En el mismo sentido, *vid.* SHENG, A.: «*There are three broad categories of financial regulation. Prudential regulation in the banking sector seeks to ensure that market participants have adequate capital and liquidity and are fit and proper.* […] *Conduct regulation, which is what most securities regulators do, seeks to ensure that market participants behave within ethical and statutory parameters that do not harm the market. In other words, we are here to influence market behaviour that can damage market integrity, such as market manipulation, fraud, mis-selling, insider dealing and the like.* […] *There is of course a third type of financial regulation that cuts across other sectors, which is competition regulation. This covers anti-trust activities and seeks to guard against monopolistic and cartel activities that harm consumer and competition interests*.» (cfr. "Securities Regulation versus Prudential Regulation", *Financial Stability Institute*, Bank for International Settlements, 3 May 2005, p. 4).

[269] *Vid*. ZUNZUNEGUI, F.: "Concepto y fuentes (del derecho bancario y bursátil)", en ZUNZUNEGUI, F. (coord.), *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 21-43, consultado en versión electrónica, p. 7. En esta línea, señala CHEREDNYCHENKO O. O.: «The two main areas of financial regulation include prudential regulation for the safety and soundness of financial institutions and conduct of business regulation relating to how financial institutions conduct business with customers. Both EU prudential regulation and conduct of business regulation are typically concerned with the relationship between administrative agencies and financial institutions and implemented in national administrative law. In addition, conduct of business regulation of the EU origin may also confer individual rights on consumers and be transposed into national private law.» (cfr. "EU Financial Regulation, Contract Law and Sustainable Consumer Finance", *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, No. 4/2020, January 2019, pp. 64-65).

[270] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: *Derecho del mercado financiero*, 4ª edición, Documento de trabajo, versión electrónica sin número de páginas.

[271] Así lo reconoce la Organización Internacional para la Protección del Consumidor Financiero (FinCoNet): «As a corollary, it was also an accepted view that the prudential self-interest of credit providers would be sufficient to ensure that consumers would be provided with loans that were sustainable and affordable, as the credit provider's profitability is dependent on consumers being able to repay their loan.» (cfr. INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, July 2014, p. 16). En el mismo sentido, vid. BALBUENA RIVERA, M., quien señala que, hasta finales de la década de los 80, la protección del cliente se consideraba implícita a través de la normativa prudencial y de solvencia de las entidades de crédito, entre otros motivos, por el exigente estatuto profesional ["Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., pp. 132-133].

[272] *Vid*. FINANCIAL STABILITY BOARD: *Consumer Finance Protection with particular focus on credit*, 26 October 2011, p. 10.

préstamo responsable y que «interaccionan significativamente, se solapan y complementan entre sí»[273].

Sin embargo, la experiencia de la crisis financiera iniciada en el año 2008 y los avances en el estudio de la economía conductual (*behavioural economics*) han puesto de manifiesto que las entidades financieras no siempre tienen en cuenta los riesgos prudenciales que supone la asunción de un mayor riesgo de crédito por su capacidad de transferirlo en el mercado secundario de titulizaciones[274]. Por este motivo se ha afirmado que, si bien los objetivos de la regulación prudencial y la regulación de conducta y de protección del cliente se consideran habitualmente complementarios[275], lo cierto es que no siempre permiten obtener los mismos resultados[276], pues los reguladores prudenciales tienden a concentrarse en los riesgos sistémicos generales más que en la conducta individual de las entidades[277].

En consecuencia, tras la crisis financiera iniciada en el año 2008, la regulación ha sufrido una evolución tendente a convertir ciertas normas prudenciales en normas de

[273] *Vid*. INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: *FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*, July 2014, p. 15.

[274] *Vid*. INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: *FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*, July 2014, p. 18; CHEREDNYCHENKO O. O. / MEINDERTSMA, J. M.: "Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?", ob. cit., p. 485.

[275] *Vid*. FINANCIAL STABILITY BOARD: *Consumer Finance Protection with particular focus on credit*, 26 October 2011, pp. 9-10.

[276] «However, not all objectives may achieve the same outcome. For example, taking a macro-economic and prudential approach to encourage financial stability may generally assist in preventing consumer over-indebtedness, but may not address the suite of individual consumer protection concerns that arise in relation to responsible lending. Where objectives conflict, few jurisdictions have mechanisms in place to resolve such conflicts.» (cfr. INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, July 2014, pp. 19-20).

[277] *Vid.* SHENG, A.: "Securities Regulation versus Prudential Regulation", ob. cit., p. 5.

conducta –proceso que se ha denominado *prudentialization*[278]–, de manera que normas tradicionalmente prudenciales (como aquellas relativas a la gestión del riego de crédito) son utilizadas ahora para alcanzar resultados propios de las normas de conducta[279]. Así, frente al esquema regulatorio basado en la protección de la estabilidad del mercado mediante normas prudenciales y el empoderamiento del cliente mediante la información, la experiencia de la crisis y la desconfianza por ella generada ha llevado al regulador a adoptar una postura paternalista en las cuestiones que afectan a la relación con los clientes[280].

La doctrina ha enmarcado en esta evolución las normas sobre evaluación de la solvencia del prestatario objeto del presente estudio[281], llegando algún autor a concluir que se trata de normas de carácter híbrido, que serían tanto normas prudenciales

[278] Término acuñado por MOLONEY, N. (*vid.* "EU Financial Market Governance and the Retail Investor: Reflections at an Inflection Point", *Yearbook of European Law*, Vol. 37, 2018, p. 258). Junto a este fenómeno, la autora apunta otros que definen la nueva regulación de los mercados financieros en materia de «*retail financial market governance*» (esto es, el conjunto de normas, acuerdos de supervisión y estructuras institucionales desplegados para gobernar la participación de los hogares-clientes minoristas en el mercado financiero; cfr. ibidem, p. 254). En particular, se refiere al establecimiento de procesos detallados (*proceduralization*), de manera que la regulación no está basada únicamente en principios de conducta de tipo fiduciario, sino que toma la forma de manuales operativos para las entidades (ibidem, pp. 258; 271-275); la mayor influencia de las autoridades supervisoras (*technocratization*) en la regulación (ibidem, pp. 258; 277-283); y la estandarización de la regulación (*standarization*), de manera que la autonomía de los Estados miembros en la regulación de esta materia se ve reducida (ibidem, pp. 258; 283-285).

[279] «The techniques now familiar from stability-oriented prudential regulation and supervision –notably stress testing, risk modelling, and scenario planning– are now appearing in EU retail market governance, while EU prudential supervision, albeit primarily concerned with financial stability, is beginning to be used to achieve conduct-oriented, retail market outcomes.» (cfr. MOLONEY, N.: "EU Financial Market Governance and the Retail Investor: Reflections at an Inflection Point", ob. cit., p. 258). Según señala la autora, se presta atención al riesgo de conducta (*conduct risk*) que entrañan las malas prácticas bancarias como amenaza a la estabilidad financiera, y se incluye este riesgo en la evaluación y gestión del riesgo operativo (*operational risk*), incluso provisionando las pérdidas que la mala conducta pueda ocasionar (vid. ibidem, pp. 275-276).

[280] *Vid.* MOLONEY, N.: "EU Financial Market Governance and the Retail Investor: Reflections at an Inflection Point", ob. cit., pp. 264-265 y ss.).

[281] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., quien señala que se ha producido «la traslación del concepto [de préstamo responsable] desde el Derecho de supervisión bancaria sobre control de riesgos; primero, a la normativa bancaria sobre transparencia y tutela del cliente; y, luego, a las normas sobre protección de los consumidores.» (cfr. "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 208) y ZUNZUNEGUI, F. (*vid.* "Evaluación de la solvencia", ob. cit., pp. 6-7).

–dirigidas a dar estabilidad al negocio del prestamista–, como normas de conducta de protección de la clientela[282].

El Preámbulo de la OTP parece hacerse eco de manera elocuente de este carácter híbrido de las normas sobre evaluación de la solvencia del prestatario[283]:

> «Dentro del sector financiero, […] la defensa de la clientela ha pivotado tradicionalmente sobre dos ejes. De un lado, la normativa prudencial y de solvencia de las entidades de crédito, aunque orientada en primer término a la estabilidad de los mercados, tiene un efecto directo y muy valioso sobre la protección de los clientes. […]
>
> Por otro lado, la legislación financiera cuenta también con un sistema especial de protección directa del cliente. […] la protección del cliente de servicios bancarios trata de paliar los efectos que produce la desventaja informativa, fomentando la transparencia en las relaciones entidad-cliente a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria. […]
>
> Dentro de los antecedentes anteriores, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, trató de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria. Sus aportaciones y novedades se articulan en un doble sentido. Por un lado, se ha introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria […]. Se trata del fomento de la responsabilidad en el préstamo. Para ello, la citada ley ha establecido no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (práctica, por otro lado, completamente extendida entre las entidades de crédito españolas), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos. […]
>
> Y, finalmente, la norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes *para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales* en la concesión de este tipo de operaciones. A estos efectos, se ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que *tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago* a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito a la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes. […]»

Como se observa, el legislador parece enmarcar la evaluación de la solvencia del prestatario prevista en la LES en la normativa prudencial, pero la desarrolla a través de

---

[282] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., pp. 6-7; también, con anterioridad, en ZUNZUNEGUI, F.: "Prohibición de dar crédito sin test de solvencia", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 13 de enero de 2017, p. 3.

[283] Por su extensión, extractamos únicamente los incisos que resultan más relevantes para el tema que nos ocupa.

un texto normativo que tiene por objeto «garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito» (art. 1 OTP); e indica expresamente que dicha evaluación «tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago», aunque debe suponer «un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente».

En un sentido similar, se ha afirmado que las normas sobre evaluación de la solvencia del prestatario son «normas prudenciales cuyo destinatario es el consumidor»[284]; opinión que parece basarse en una equiparación entre normas prudenciales y normas de conducta[285], y entre normas prudenciales y normas de supervisión[286].

Sin embargo, aunque tanto las normas prudenciales como las normas de conducta constituyen normativa de supervisión de las autoridades financieras, no cabe equipararlas. Prueba de ello son las jurisdicciones que cuentan con un sistema intersectorial de doble supervisor («*Twin Peaks*») formado por una autoridad prudencial y una autoridad de conducta de mercado que son independientes entre sí[287]. La idea que subyace a este

[284] Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, Nº 2, abril-junio, 2015, p. 11; y, más adelante: «Estas normas prudenciales no sólo son normas de supervisión de control del Banco de España en sus relaciones internas con las entidades de crédito, sino que también deben servir para proteger a los clientes/consumidores.» (cfr. ibidem, p. 27).

[285] *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", ob.cit., p. 23, al señalar que «Las normas prudenciales son normas de conducta, normas disciplinarias»; y, con anterioridad, que son «normas profesionales por cuanto regulan la conducta de las entidades de crédito, pudiendo ser supervisada dicha conducta por un organismo competente para ello.» (ibidem, p. 10).

[286] *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", ob.cit., p. 11 y *passim*.

[287] El sistema *Twin Peaks* fue propuesto por primera vez en Australia en el Informe Wallis (*vid.* COMMONWEALTH OF AUSTRALIA: "Financial System Inquiry: Final Report Overview" – the Wallis Report-, *Australian Government Publishing Service*, March 1997; HANRATTY, P.: "The Wallis Report on the Australian Financial System: Summary and Critique", *Department of the Parliamentary Library*, Research Paper 16, 1996-97). Ejemplos paradigmáticos del sistema *Twin Peaks* son Australia, que cuenta con la *Australian Prudential Regulation Authority* (APRA) y la *Australian Securities and Investments Commission* (ASIC) [*vid.* SCHMULOW, A.: "Financial regulation: Is Australia's 'twin peaks' model a successful export?", *The Interpreter*, 1 March 2016; información disponible en el sitio web de la APRA (https://www.apra.gov.au/about-apra) y en el sitio web de la ASIC (https://asic.gov.au/about-asic/what-we-do/our-role/)], y Reino Unido, que en 2013 sustituyó la *Financial Services Authority* (FSA) por un sistema de *Twin Peaks* formado por la *Prudential Regulation Authority* (PRA) del *Bank of England*, y la *Financial Conduct Authority* (FCA) [*vid.* la información disponible en el sitio web de la FCA (https://www.fca.org.uk/about/the-fca)]. Sobre este modelo institucional de supervisión, en relación con otros, *vid*. WORLD BANK: *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*, Washington, DC, 2014, p. 10.

sistema es que los fines que las normas prudenciales y las normas de conducta pretenden alcanzar son diversos: mientras que las primeras pretenden asegurar la estabilidad del sistema financiero y la solidez de las entidades, las segundas buscan proteger a los clientes individuales de la eventual mala actuación de las entidades[288]. Por este motivo conviene −para evitar el conflicto de intereses del supervisor único− que la autoridad de conducta sea distinta e independiente de la autoridad prudencial[289].

Si bien en España se mantiene un sistema de supervisión sectorial para los mercados de valores, de crédito y de seguros, el Banco de España distingue entre la función supervisora prudencial encomendada a la Dirección General de Supervisión, y la supervisión en materia de conducta que corresponde a la Dirección General de Conducta Financiera y Billetes[290]. Así, mientras que la supervisión prudencial se ocupa de la solvencia de las entidades, la supervisión de conducta pretende preservar «Una adecuada relación con la clientela» por parte de las entidades como «base para mantener la reputación del sector y la confianza en el sistema bancario, pilares de la estabilidad financiera.»; «teniendo muy presente que la sociedad demanda cada vez más una mayor protección del cliente bancario, como reflejan las recientes modificaciones en la normativa bancaria (por ejemplo, la nueva regulación sobre crédito inmobiliario, que,

[288] *Vid.* TAYLOR, M.: "Twin Peaks: A regulatory structure for the new century", *Centre for the Study of Financial Innovation*, num. 20, December 1995, pp. 2-3. No obstante, el autor matiza esta distinción: «*It should be noted, however, that the distinction between "prudential" supervision and "conduct of business" regulation does not precisely parallel the distinction made between the systemic and consumer protection goals of regulation.* […] *Nonetheless, these objectives are analytically distinct, and they provide useful organising principles for thinking about the structure of financial services regulation*.» (cfr. Ibidem, p. 3).

[289] En este sentido, *vid*. CUENA CASAS, M.: "Supervisión de conducta y protección del usuario de servicios financieros en el nuevo entorno tecnológico. Propuestas de mejora", *Diario La Ley*, Nº 9999, Sección Novedad Editorial, 28 de enero de 2022, pp. 6, 8-9.

[290] *Vid.* Información sobre el organigrama del Banco de España disponible en su sitio web (https://www.bde.es/bde/es/secciones/sobreelbanco/organizacion/Organigrama/).

entre otras cuestiones, refuerza la concesión responsable de determinados créditos).»[291]. Con esta separación orgánica se pretende salvar –con mayor o menor fortuna– el conflicto de intereses que es inherente al sistema de supervisor único.

Como ha señalado el Banco Mundial, independientemente del modelo institucional de supervisión adoptado[292], lo fundamental es que la asignación de los recursos destinados a la supervisión prudencial y los destinados a la supervisión de conducta sea adecuada para permitir la efectiva aplicación de las normas de protección del consumidor[293]; y ello no solo porque la supervisión de conducta requiere herramientas y métodos distintos de los utilizados en la supervisión prudencial, sino porque, de no estar separados, se teme que el supervisor no dedique la suficiente atención a la protección del

[291] Cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de la supervisión bancaria en España 2019*, p. 103. De forma gráfica, la Memoria 2021 distingue entre la «supervisión macroprudencial», dirigida a «Preservar la solvencia, la liquidez y el buen funcionamiento de las entidades, con el objetivo último de salvaguardar la estabilidad del sistema financiero», y la «supervisión de conducta, transparencia y protección de la clientela», cuyo objetivo es «Asegurar que las entidades cuentan con una cultura de conducta y una gobernanza orientadas a velar por la transparencia bancaria, contribuyendo a salvaguardar la confianza de los usuarios en el sistema financiero y preservando su estabilidad» (cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de la supervisión 2021*, p. 34). En este contexto, entre las actuaciones supervisoras en materia de conducta llevadas a cabo en el año 2020, el Banco de España señala: «La temática de estas actuaciones supervisoras transversales ha sido variada. De ellas destacamos, por su relevancia, las relativas al crédito al consumo, en las que se han analizado cuestiones tales como las prácticas y políticas de préstamo responsable (…). Asimismo, también en relación con el crédito al consumo, se ha continuado con los trabajos de revisión de las medidas adoptadas por las entidades tras la realización de la actuación transversal sobre comercialización de tarjetas revolving, que se expone en el recuadro 4.2. (…).». Con respecto a la implementación de medidas supervisoras en la comercialización de tarjetas revolving, se indica que «El Banco de España se dirigió a estas entidades al objeto de que subsanaran las deficiencias y debilidades detectadas, principalmente en relación con: (…) La adecuada evaluación de la solvencia del cliente.» (cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de la supervisión 2021*, pp. 108; 110).

[292] El Banco Mundial distingue cinco modelos institucionales de supervisión: (i) *Integrated Single Agency Model*, (ii) *Sectoral Agency Model*, (iii) *Dedicated Market Conduct Agency Model* (*Twin Peaks*), (iv) *Specialized Financial Consumer Protection Agency Model*, (v) *General Consumer Protection Agency Model*; y señala al respecto: «From the point of view of consumer protection the question is whether financial services are sufficiently different to require a separate structure for financial consumer protection from that existing for other goods and services. In terms of the institutional arrangements this translates into a decision to either place the responsibility for consumer protection in financial services within a general consumer protection agency or in a dedicated entity. On the side of financial supervision, the question is whether ensuring adequate consumer protection is a distinct function from that of ensuring the soundness of a financial institution through prudential supervision. Institutionally this means placing responsibility for financial consumer protection within financial supervisory agency which also has a prudential supervision authority, or creating a separate entity.» (cfr. WORLD BANK: *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*, Washington, DC, 2014, pp. 9-10).

[293] *Vid.* WORLD BANK: *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*, Washington, DC, 2014, p. 9.

cliente, y porque, además, existen –como hemos adelantado– potenciales conflictos de interés entre ambos mandatos de supervisión[294].

En definitiva, la actividad supervisora en materia de conducta busca «identificar y corregir las conductas inadecuadas de las entidades, promover la implantación de una cultura de conducta y una adecuada gobernanza […], de tal forma que un comportamiento responsable y ético esté presente siempre en las relaciones que se mantengan con la clientela bancaria, cualquiera que sea el canal utilizado.»[295]. En este sentido, si bien es cierto que una misma normativa –la normativa prudencial– puede proteger directa e indirectamente a dos sujetos distintos –las entidades y los clientes–, la existencia de normativas diversas con fines distintos responde más adecuadamente a la necesidad de que cada sujeto cuente con una normativa especial y específicamente destinada a su protección[296].

Por tanto, a pesar de la dificultad que entraña deslindar estos conceptos –por lo demás íntimamente relacionados[297]–, considero que un uso indistinto de los términos

[294] Cfr. WORLD BANK: «Regardless of the specific structure adopted, there is a growing recognition that consumer protection supervision requires a different set of tools and methods, including active monitoring of consumer financial markets and interaction with consumers, from the methods used in prudential supervision focused on the analysis of financial institution performance. There is also a concern that without a separation of the two functions, consumer protection would not get sufficient attention from supervisors. Another concern is a potential conflict between consumer protection and prudential supervision mandates, though in the review by FSB most regulators viewed these functions as complimentary. At the same time, financial consumer protection has implications for financial stability as recent crisis has clearly demonstrated.» (cfr. Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies, Washington, DC, 2014, p. 13).

[295] Cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de la supervisión bancaria en España 2019*, p. 108.

[296] Así se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 16 de diciembre de 2022, Núm. 134-1, pp. 1-44): «Así, complementando el ordenamiento legislativo general y los derechos reconocidos en la normativa civil, mercantil o penal, el marco regulatorio del sector financiero incluye, además de las normas prudenciales para garantizar la solvencia financiera de las entidades, exigencias específicas de conducta para tratar de paliar la asimetría de información y recursos entre ellas y sus clientes. Ahora bien, el mero reconocimiento legal de los derechos establecidos en favor de la clientela no es suficiente para garantizar su plena efectividad. En efecto, es comúnmente aceptado que un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. De ahí la necesidad de que, además de normas, se establezcan al más alto nivel mecanismos que aseguren la plena efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios.».

[297] Señala CHEREDNYCHENKO O. O.: « These examples provide a striking illustration of a close interconnection between prudential regulation, conduct of business regulation and contract law which exists in practice, but which is not reflected sufficiently in the current EU legal and institutional matrix for consumer finance. They also point to the need to take more seriously the effects of regulatory measures in the prudential and conduct of business domains on contractual behaviour on the supply and demand side of the retail financial markets, as well as financial contract design in general.» (cfr. "EU Financial Regulation, Contract Law and Sustainable Consumer Finance", ob. cit., p. 74).

«normas prudenciales», «normas de conducta» y «normas de supervisión» para referirnos a las normas de evaluación de la solvencia puede llevar a error. La distinción entre estas categorías resulta relevante, especialmente en relación con las consecuencias que entraña su incumplimiento: mientras que la infracción de normas prudenciales tiene como única consecuencia la imposición de sanciones administrativas; la contravención de normas de conducta implica, además de la imposición de sanciones administrativas –en cuanto normas de carácter administrativo cuyo cumplimiento es supervisado por las autoridades financieras–, la eventual reclamación por parte del cliente de la responsabilidad de la entidad por el incumplimiento de sus obligaciones, en tanto que se trata de normas que integran la diligencia de la entidad financiera y que, por tanto, tienen efectos de Derecho privado[298].

La confusión descrita pudiera tener su origen en el error de equiparar el concepto de evaluación de riesgo de crédito con el de evaluación de la solvencia. En el caso de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, su regulación conecta la gestión del riesgo de crédito en la que se centra la normativa prudencial, con la protección del cliente –en particular, el consumidor– que es objeto de la normativa de conducta. Esta conexión se constata de forma clara en las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre concesión y seguimiento de préstamos[299]. En este sentido, la realización de este análisis responde tanto a objetivos prudenciales como a objetivos de conducta[300]. Sin embargo, como hemos visto, existe una evolución tendente a añadir a la normativa puramente

[298] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "La regulación jurídica del mercado financiero en una economía globalizada", ob. cit., p. 729.

[299] La Autoridad Bancaria Europea señala que las políticas y procedimientos de riesgo de crédito deberán especificar los requisitos para la evaluación de la solvencia y tener en cuenta los principios de préstamo responsable, en particular, teniendo en consideración la situación específica de cada prestatario y brindando «un trato justo a los prestatarios que atraviesen dificultades económicas», y diseñando «productos crediticios que se ofrecerán a los consumidores de forma responsable», en cuyo caso las entidades garantizarán «que los criterios de concesión no causen dificultades indebidas ni un endeudamiento excesivo a los prestatarios y sus hogares» (cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, pp. 12-13).

[300] De hecho, tal y como señala el Banco Mundial al abordar el préstamo responsable, en la mayoría de los países la evaluación de la solvencia se prevé como parte de la regulación prudencial y de orientaciones a las entidades financieras para la gestión del riesgo. Además, en los casos en que dicha evaluación incluye el establecimiento de límites al endeudamiento mediante coeficientes préstamo-valor del activo (*loan-to-*value, LTV) y préstamo-ingresos (*loan-to-income*, LTI), tales límites suelen definirse en el marco de la regulación prudencial en relación con la clasificación del riesgo de las operaciones y el cumplimiento de los requisitos sobre provisiones. *Vid.* WORLD BANK: *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*, Washington, DC, 2014, p. 25.

prudencial de gestión del riesgo de crédito normas de conducta que establecen, en el marco de su objetivo de protección del cliente, la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, con el fin de evitar su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia[301], y con el fin último de promover la estabilidad del mercado por el riesgo sistémico asociado a la insolvencia de los prestatarios.

En este sentido, tanto la normativa sobre gestión del riesgo de crédito como la relativa a la evaluación de la solvencia regulan procedimientos dirigidos a analizar las perspectivas de cumplimiento del prestatario, y ambas tienen como fin último proteger la estabilidad del mercado por la incidencia que sobre ella tienen, tanto la solvencia de las entidades, como la solvencia de los clientes. Sin embargo, existe entre ambas categorías normativas una «diferencia sustancial» en lo que a su finalidad inmediata se refiere: mientras que la normativa que regula la gestión del riesgo de crédito establece estándares y límites de asunción de riesgo que garanticen la solvencia de las entidades, pero reconoce que la gestión del riesgo de crédito tiene una finalidad eminentemente privada (empresarial) para asegurar el éxito de la operación y la obtención de un beneficio para la entidad (y, en este sentido, asume que en ella incide el criterio de la rentabilidad de la operación y que forma parte de su secreto empresarial)[302]; la normativa sobre evaluación de la solvencia, como manifestación principal del principio de préstamo responsable,

[301] En este sentido, el informe FinCoNet sobre préstamo responsable señala: «The survey identified that a majority of jurisdictions impose prudential requirements on credit providers obliging them to consider the 'credit risk' of a consumer's ability to repay a residential mortgage loan – to limit the risk to the credit provider from a default by the consumer. However, there is an emerging trend in some jurisdictions – such as Ireland, South Africa and Australia – to apply additional obligations on credit providers, requiring them to consider consumer affordability for all consumer credit products. This is in addition to any prudential requirements. This generally involves a requirement that credit providers assess and ensure that the credit contract or agreement meets the interests of the consumer, usually with the aim of preventing consumer over-indebtedness. While the nature of the test varied between jurisdictions, the focus was on the consumer's interests.» (cfr. INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: *FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*, July 2014, p. 58).

[302] Así, la Autoridad Bancaria Europea dispone que las entidades deben desarrollar una «cultura de riesgo de crédito» que «irá adecuadamente marcada por la dirección y velará por que «se concedan créditos a prestatarios que, de acuerdo con el conocimiento de la entidad en el momento de otorgar el crédito, vayan a poder cumplir los términos y condiciones del contrato de crédito», que «dichos créditos, cuando proceda, estén garantizados por garantías suficientes y adecuadas», y que «se tengan en cuenta el efecto sobre la situación de capital y la rentabilidad de la entidad, así como la sostenibilidad y los factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG) relacionados.». Asimismo, establece que «El objetivo de las políticas y procedimientos de riesgo de crédito será promover un enfoque proactivo para el seguimiento de la calidad crediticia, la identificación temprana del deterioro crediticio y la gestión de la calidad crediticia global y del perfil de riesgo de la cartera asociado, incluyendo a través de nuevas actividades de concesión de créditos.» (cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, pp. 10-11).

dispone las actuaciones que las entidades deben llevar a cabo con la finalidad de prevenir el sobreendeudamiento de sus clientes, sin que en ella afecten los criterios de rentabilidad de la operación o el secreto empresarial[303].

Por tanto, cuando hablamos de evaluación de la solvencia nos referimos al estudio de la capacidad y voluntad de pago del cliente, en relación con sus preferencias y objetivos, en el marco de la oferta de crédito, con el objetivo principal de evitar el sobreendeudamiento y eventual insolvencia del cliente, que se enmarca en las políticas de préstamo responsable y, en particular, en la normativa de conducta de protección del cliente. En cambio, cuando hablamos de gestión del riesgo de crédito nos referimos al estudio de las características de la operación de crédito desde el punto de vista del prestamista, de acuerdo con la normativa prudencial que tiene como objetivo la preservación de la solvencia de la entidad[304]. Ambas regulaciones –prudencial, de análisis del riesgo de crédito, y de conducta, de evaluación de la solvencia– se superponen en su

[303] *Vid*. COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito: (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 162-163. En el mismo sentido, con anterioridad se había afirmado: «Las normas prudenciales, como he dicho, protegen la solvencia de la entidad y, mediatamente, a los consumidores al fomentar la estabilidad del sistema financiero, pero no van dirigidas directamente a tutelar los intereses de estos. 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.» (cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2890).

[304] Sobre la diferencia entre la evaluación de la solvencia en el marco de las políticas de préstamo responsable y la evaluación prudencial del riesgo de crédito, *vid.* FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (FCA): *Assessing creditworthiness in consumer credit - Feedback on CP17/27 and final rules and guidance*, Policy Statement PS18/19, July 2018, pp. 4, 11, 30; ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS): *Principles on Creditworthiness Assessments. A perspective from the credit reference industry*, 6 November 2018, p. 2; CUENA CASAS, M.: "La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario", PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 186-187. Así lo expresa el FINANCIAL SERVICES USERS GROUP (FSUG): « The duty to assess the consumer's creditworthiness implies the need to conduct the borrower-focused creditworthiness check. While this assessment may also include the assessment of credit risk, it may by no means be limited thereto. The borrower-focused creditworthiness assessment should primarily be designed to prevent the consumer from ending up in a problematic repayment situation that may result in over-indebtedness. A problematic repayment situation may arise if the consumer is not able to repay the debt within a reasonable time, and/or the consumer is only able to repay it in an unsustainable way, for example, by cutting back on essential living expenses or by defaulting on other loans. In these circumstances, the consumer may feel the need to take out more credit in order to meet the existing repayment obligations. » (cfr. *Responsible consumer credit lending*, FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive, 8 April 2019, p. 7). En esta línea, señala MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Es cierto que la evaluación de la solvencia del solicitante de crédito es una práctica que ya vienen desarrollando los prestamistas desde hace tiempo, pues ellos son los primeros interesados en conceder préstamos a sujetos con capacidad económica. Pero al reconocerse ahora como una obligación legal ya no se trata de simples normas de política interna sobre la gestión de riesgos, sino de una auténtica obligación legal que pretende proteger al consumidor de crédito y prevenir su sobreendeudamiento.» (cf. "La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 50, 2019, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas).

objeto –el estudio de la capacidad y proclividad del prestatario de atender sus obligaciones crediticias–, pero sus objetivos son diferentes[305].

En la práctica, las entidades perciben un solapamiento normativo, pues al analizar la capacidad y proclividad de un potencial prestatario de devolver el préstamo cuya concesión se encuentra en estudio, deben aplicar tanto la normativa de conducta que establece la obligación de evaluar su solvencia (*v. gr.* LES, OTP, Circular BdE 5/2012 y LCC o LCCI, según el caso), como las políticas y procedimientos de gestión de riesgo de crédito adoptados por la entidad de acuerdo con la normativa prudencial (*v. gr.* Circular BdE 4/2017)[306]. Por tanto, el prestamista debe aplicar las políticas y procedimientos en aplicación de las normas prudenciales, pero debe adoptar la decisión final de concesión atendiendo, además, a las normas de conducta.

Esta diferencia ha sido destacada en el proceso de evaluación de la DCC. Así, se ha señalado como una de las razones que dificultan la eficacia de la regulación sobre evaluación de la solvencia prevista en la DCC que no establece específicamente si la evaluación debe centrarse en el acreedor (evaluación del riesgo) o en el prestatario (evaluación de la solvencia)[307].

Como se ha dicho, las normas deben interpretarse de acuerdo con su finalidad y, en particular, la protección del cliente que es objetivo último de las normas sobre evaluación

[305] Para aludir a esta diferencia se distingue la evaluación de la solvencia centrada en el acreedor (*creditor-focused*) y centrada en el deudor (*borrower-focused*): «Once the lender has collected the necessary data, it should make a judgement about the consumer's creditworthiness. In this context, a distinction between a creditor-focused and a borrower-focused assessment is particularly important. The creditor-focused test is based on the premise that there is no problematic repayment situation as long as the consumer is able to repay the credit or otherwise meet his or her obligations under the credit agreement (e.g., making minimum repayments on a credit card). For the purposes of this assessment, it is irrelevant how the consumer is able to do so (e.g., by defaulting on other loans). In contrast, the borrower-focused test assumes that there is no problematic repayment situation only as long as the consumer is able to repay credit and meet other obligations under the credit agreement within a reasonable time and in a sustainable manner. In practice, lenders may combine both aspects into a single assessment, and there may be considerable overlap between the two (cf. FCA 2017a, p. 4). What responsible lending at this step should ensure is that appropriate account is taken of the consumer borrower's interest in repaying the credit where it is not fully aligned with the lender's interest in minimizing the credit risk.» (cfr. CHEREDNYCHENKO O. O. / MEINDERTSMA, J. M.: "Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?", ob. cit., p. 489; con cita a FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: *Assessing creditworthiness in consumer credit: Proposed changes to our rules and guidance*, CP17/27, July 2017).

[306] Por este motivo, se ha dicho que la Circular BdE 4/2017 enmarca desde la perspectiva prudencial la evaluación de la solvencia (*vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 8).

[307] *Vid.* EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], p. 17.

de la solvencia implica 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.»[308].

Por ello, entendemos que la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, tal y como ha sido regulada en Derecho español, se trata de una norma de conducta[309], con incidencia en el cumplimiento por parte de la entidad de los requisitos establecidos en la normativa prudencial en materia de gestión de riesgos, pero con efectos de Derecho privado respecto del cliente en caso de incumplimiento[310].

Lo anterior no deja de ser una decisión de política legislativa. En el ámbito del crédito inmobiliario, el Considerando 83 de la DCI reconoce esta potestad en los siguientes términos:

> «Los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante

[308] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2889. No obstante, la autora niega que las normas sobre evaluación de la solvencia tengan el carácter de normas de conducta, pues entiende que «las normas de conducta y transparencia bancaria» tienen por objeto «proteger solo un interés general», sin capacidad de tutelar el interés particular de los clientes –en contra de lo que sostenemos– al entender que a su incumplimiento se anudan únicamente sanciones administrativas. No obstante, como en otros casos apuntados con anterioridad, esta interpretación parece sostenerse por una equiparación entre las categorías de «normas prudenciales», «normas de transparencia» y «normas de conducta», pues se afirma que «si lo que se quiere proteger directamente es el interés de los consumidores, no bastan normas prudenciales, de transparencia bancaria controlables por un supervisor» (cfr. Ibidem, p. 2890).

[309] Así lo afirma también GALLEGO SÁNCHEZ, E., quien señala que «la noción de préstamo –o crédito– responsable remite a un conjunto de normas de conducta y criterios de actuación de obligado cumplimiento en la fase precontractual, previa, pues, a la suscripción de contratos de préstamo y crédito, o a su renegociación.» (cfr. "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 208).

[310] Sobre la trascendencia jurídico-privada de las normas de protección del cliente bancario existe cierta controversia doctrinal entre quienes mantienen el carácter eminentemente administrativo de estas normas, vinculando únicamente a las entidades de crédito con la Administración Pública; quienes niegan la eficacia directa de estas normas en el ámbito contractual, si bien, justifican su aplicación indirecta para integrar el supuesto de hecho de otras normas jurídicas (en particular, de protección de los consumidores y de control de las condiciones generales de la contratación); y aquellos –con quienes nos alineamos– que sostienen que las normas de transparencia y protección del cliente bancario son de aplicación a las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, de tal forma que su contravención, además de conllevar la imposición de sanciones administrativas, puede suponer un incumplimiento del contrato bancario, toda vez que el contenido de la norma se integra en el contrato celebrado entre la entidad de crédito y el cliente. Sobre los distintos matices de estas posiciones doctrinales, *vid.* CASADO NAVARRO, A.: "La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores", *LaLey*, nº 8636, 2015, pp. 1-18, consultado en Smarteca, pp. 10-14.

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 Directiva no establece que los Estados miembros deban transponer la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en normas prudenciales, sino que deja a criterio de los Estados miembros hacerlo o no, pudiendo transponer los diversos aspectos de la Directiva en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico. En efecto, la protección que la Directiva pretende brindar al cliente podría obtenerse de manera indirecta, como hemos visto, mediante la transposición de la obligación de evaluar la solvencia mediante normativa prudencial, lo que entiendo que es reconocido por la Directiva a la vista de los diferentes modelos regulatorios y de supervisión que existen en los Estados miembros y que la Directiva no prejuzga. Ahora bien, para que tal protección sea realmente eficaz, lo esencial es que las sanciones previstas ante el incumplimiento –que no han sido objeto de armonización– sean verdaderamente «efectivas, proporcionales y disuasorias» (cf. Considerando 76 y art. 38 DCI); y –como veremos[311]– las sanciones meramente administrativas impuestas a las entidades por el incumplimiento de normativa prudencial no cumplen estos caracteres[312].

Por tanto, si bien la Directiva permite que la obligación de evaluar la solvencia sea transpuesta mediante normativa prudencial, este modo de transposición exigiría, para no vulnerar el objetivo de protección al cliente que propugna la Directiva, que se establecieran sanciones que tuvieran repercusión en la relación contractual entre la entidad y el cliente[313], esto es, sanciones civiles. En este sentido, tampoco creo que se

[311] *Vid.* Capítulo IV.

[312] Como se ha indicado al respecto del Considerando 83 de la DCI, «la clave es el mecanismo sancionador y este es dejado en manos de los Estados miembros 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 privado. 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.» (cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2890).

[313] Un modelo de este tipo puede encontrarse en la regulación de la evaluación de la solvencia prevista en Australia: «In Australia, ASIC [*Australian Securities and Investments Commission*, encargada de la supervisión en materia de conducta y, en particular, del cumplimiento de las obligaciones sobre préstamo responsable] can issue infringement notices (fines) for breaches of some provisions of the credit law, and seek civil or criminal penalties from the courts.» (cfr. INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: *FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*, July 2014, p. 35).

deba interpretar el Considerando 21 de la DCI[314] en el sentido de entender que las disposiciones que transpongan la Directiva no pueden tener efectos de Derecho privado, sino que, como se ha dicho, «el Derecho contractual privado no se ve directamente afectado por ella» al no haber sido armonizadas las sanciones frente al incumplimiento[315].

En definitiva, si bien la DCI permite la transposición de la obligación de evaluar la solvencia mediante normativa prudencial –lo que hace posible el control de su cumplimiento por los supervisores financieros–, su objetivo de protección del cliente requiere que las consecuencias de su incumplimiento tengan efectos en la esfera contractual, lo que exigiría la adopción de disposiciones civiles. No obstante, estos mismos efectos –el control del supervisor y las consecuencias civiles frente a su incumplimiento– pueden lograrse, con las dificultades que más adelante desarrollaremos[316], a través de la transposición de la Directiva mediante normas de conducta, opción legislativa que entendemos que ha sido la adoptada por el legislador español.

Así, en el caso del ordenamiento jurídico español, tanto la normativa general como la normativa especial reconocen expresamente que las normas sobre evaluación de la solvencia del prestatario tienen el carácter de normativa de ordenación y disciplina (cf. art. 14.1 OTP, según lo previsto en los arts. 2 y 5 de la LOSEC[317]; art. 34.2 LCC; art. 44.1 LCCI) que tiene como fin la protección del cliente (cf. art. 5 LOSEC y Preámbulos de la OTP, de la LCC y de la LCCI[318]), cuyos derechos e intereses deben ser respetados desde el diseño del producto crediticio hasta su ejecución (cf. art. 5.1 LCCI). Ello nos lleva a pensar que el legislador español ha regulado la evaluación de la solvencia mediante normas de conducta, y no mediante normas de Derecho civil ni mediante normas

[314] El Considerando 21 de la DCI establece: «[…] 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.».

[315] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2890.

[316] *Vid.* Capítulo IV.

[317] El art. 14.1 de la OTP hace referencia a los derogados arts. 1.5 y 48.2 de la LDIEC y 29.2 de la LES.

[318] En el caso de la LCC y la LCCI, su carácter de normas de protección del prestatario es claro, pues viene dado, respectivamente, por la DCC y la DCI. En este sentido, *vid.* ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ob. cit., p. 50.

meramente prudenciales[319]. Así parece indicarlo el hecho de que el Banco de España no incluya la normativa sobre evaluación de la solvencia entre la normativa de supervisión y solvencia, sino entre la de «protección de la clientela»[320]. Asimismo, ello sería conforme a la definición de «normas de conducta» incluida en el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes (en adelante, «PLADCF»)[321], según la cual comprenderían «la normativa sectorial de transparencia y protección de los clientes, así como cualquier otra disposición normativa que imponga a las entidades financieras obligaciones en la prestación de servicios financieros a sus clientes, ya sea con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, durante su cumplimiento o consumados sus efectos» (cfr. art. 2.4 PLADCF).

La regulación de la evaluación de la solvencia como norma de conducta de las entidades en su relación con sus clientes no obsta para admitir la incidencia que esta evaluación tiene en el cumplimiento por parte de la entidad de la normativa prudencial. En efecto, la normativa prudencial –en particular, la regulación de Basilea antes citada– tiende a garantizar la solvencia, liquidez y rentabilidad de la entidad, con base en la gestión –y control– del riesgo de crédito. En este sentido, como hemos dicho, la evaluación de la solvencia ha constituido tradicionalmente una herramienta utilizada por las entidades en el marco de la libertad de empresa en la gestión del riesgo de crédito, y ello ha tenido como efecto indirecto la protección del cliente. Sin embargo, como

[319] Como decimos, se trata de una decisión de política legislativa alternativa a la regulación de la materia mediante normas meramente prudenciales y normas de Derecho civil. En este sentido se pronuncia ARROYO AMAYUELAS, E. al analizar la DCI y las opciones de transposición: «El hecho de que algunos Estados miembros hayan incorporado el deber de valorar la solvencia y la prohibición de conceder crédito tanto en normas prudenciales como en los respectivos códigos civiles no es sino un claro reflejo de la polémica que ha rodeado a este tema y de la voluntad de dejar definitivamente zanjada cualquier duda. El legislador español debería seguir el mismo camino, visto que la discusión sobre la eficacia civil de las normas de ordenación bancaria tampoco es ajena a la doctrina española.» [*vid.* "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas].

[320] *Vid.* Sitio web del Banco de España, apartado «Normativa», subapartado «Estatal», epígrafes «Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito» (https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/Supervision_y_S_84eaef45ca76741.html) y «Transparencia de operaciones y protección de la clientela» (https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/Transparencia__1f9672d6c1fd821.html). En este sentido, *vid.* BALBUENA RIVERA, M., quien señala que la responsabilidad en la concesión de préstamos no forma parte de las funciones que le son encomendadas al Banco de España como regulador y supervisor prudencial ["Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., p. 126].

[321] BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 16 de diciembre de 2022, Núm. 134-1, pp. 1-44.

consecuencia de la evolución regulatoria comentada, tras la LES, la obligación de evaluar la solvencia del prestatario se ha trasladado al marco normativo de protección del cliente, cristalizando en una norma de conducta. Este cambio, como decíamos, debía haberse manifestado en la regulación de las consecuencias sancionadoras de su infracción, no limitándose a la imposición de sanciones administrativas, sino extendiéndose a consecuencias en el ámbito de la relación contractual con el cliente por la responsabilidad de la entidad para con él. Sin embargo, como veremos, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia resulta imperfecta en este sentido, al no haber positivizado consecuencias contractuales al incumplimiento de la obligación, y haberse limitado a imponer sanciones administrativas al incumplimiento, como si de una norma meramente prudencial se tratara. Como veremos, esta deficiencia regulatoria pudiera corregirse a través del régimen jurídico de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, cuyo Proyecto de Ley se encuentra en tramitación parlamentaria, y a cuyo conocimiento se someterán las reclamaciones de los clientes frente a las entidades financieras por la vulneración de sus intereses o derechos en la prestación de un servicio o en la contratación de un producto financiero «como consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta» (cfr. art. 3 PLADCF)[322].

Sin perjuicio de lo anterior, debemos llamar la atención sobre el hecho de que, mientras que el art. 1 de la OTP –en su redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril[323], que completa la transposición de la DCI– reconoce que «tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de productos y servicios bancarios de entidades de crédito, mediante la implantación de *normas de conducta* y medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios.», la LCCI recoge la obligación de evaluar la solvencia del prestatario en el Capítulo II dedicado a las «Normas de protección del prestatario», pero sitúa el art. 11 entre las «Disposiciones generales» recogidas en las Sección 1ª, y no entre las «Normas de conducta» de la Sección 2ª. Esta incoherencia en el encuadre de las normas sobre evaluación de la solvencia ha

[322] Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo IV, epígrafe 5.

[323] Cf. Apartado uno del artículo segundo de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2019, páginas 43131 a 43146).

sido considerada por la doctrina un reflejo del carácter híbrido de estas normas[324]. En mi opinión, sin embargo, esta disparidad parece deberse más bien a una incorrecta técnica legislativa. No veo motivos que justifiquen que la LCCI considere ciertas normas como «disposición general» y otras, en cambio, se califiquen como «normas de conducta»[325]. Todas las normas previstas en sendos epígrafes de la ley son normas de conducta propiamente dichas[326], pues se trata de normas de ordenación y disciplina de las entidades que tienen como objetivo la protección del cliente.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, tal y como ha sido prevista por el legislador español, tiene el carácter de norma de conducta, cuyo objetivo es la protección del cliente mediante la prevención de su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia; e, indirectamente, la protección del mercado en su conjunto, como destinatario de una actividad ordenada del prestamista, merecedora de su confianza, con el fin de evitar el efecto sistémico derivado de la insolvencia del prestatario.

[324] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 7, nota 20, con cita a la doctrina de MOLONEY, N. a la que hemos hecho referencia (*vid.* "EU Financial Market Governance and the Retail Investor: Reflections at an Inflection Point", ob. cit., pp. 275-277).

[325] Sin que exista motivo para ello, la LCCI califica de «disposiciones generales» las normas sobre información básica, general y precontractual (arts. 6, 9 y 10 LCCI), las relativas a la transparencia (arts. 7, 14 y 15 LCCI), y aquellas referidas al cálculo de la TAE, la evaluación de la solvencia y la tasación de inmuebles (art. 8, 11 y 13 LCCI); mientras que incluye entre las «normas de conducta» las relativas a los requisitos de cualificación del personal (art. 16 LCCI), las ventas vinculadas y combinadas (art. 17 LCCI), la política de remuneración (art. 18 LCCI), la actividad de asesoramiento (art. 19 LCCI), la concesión de préstamos en divisas (art. 20 LCCI) y las variaciones en el tipo de interés (art. 21 LCCI).

[326] Tampoco se debe a una transposición literal de la DCI, pues en ella el término «normas de conducta» se utiliza en el título del art. 7, en el cual se recoge –en su apartado 1– la exigencia de actuar de manera «honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores» en la elaboración, concesión, intermediación, asesoramiento y ejecución de contratos de crédito; y –en sus apartados 2 a 5– las normas sobre remuneración del personal. El art. 7.1 de la DCI ha sido transpuesto en el art. 5 de la LCCI, contenido en la Sección 1ª del Capítulo II de la LCCI (al igual que el art. 11 que establece la obligación de evaluar la solvencia), mientras que la política de remuneración se recoge en el art. 18 de la LCCI, contenido en la Sección 2ª del Capítulo II.

CAPÍTULO II: LA OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

1. Ámbito de la normativa sobre préstamo responsable

1.1. Ámbito objetivo

La regulación sobre evaluación de la solvencia contenida en la LES y en su normativa de desarrollo tiene por ámbito de aplicación objetivo los servicios bancarios relativos a la concesión de crédito o préstamo (cf. art. 2.1 OTP; Norma segunda de la Circular BdE 5/2012), sin perjuicio de las especialidades recogidas en la normativa sectorial para el crédito al consumo[327] y para el crédito hipotecario[328] contenidas en la LCC y en la LCCI, respectivamente.

Según los arts. 1 y 2 de la DCC, la Directiva resulta de aplicación a los contratos de crédito al consumo, quedando excluidos de su ámbito objetivo –entre otros[329]– (*i*) aquellos que estén garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble; (*ii*) aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir; y (*iii*) aquellos cuyo

[327] La Norma segunda de la Circular BdE 5/2012 define su ámbito de aplicación sin perjuicio de las particularidades que, para los servicios bancarios de crédito al consumo, se determinan en el art. 33 de la OTP; precepto en el que se indica que la «transparencia de los servicios bancarios de crédito al consumo» se rige por lo previsto en la LCC y, en lo no previsto en ella, «les resultará aplicable lo establecido en el título I y en el capítulo I del título III» de la OTP, esto es, el art. 18 que regula la evaluación de la solvencia.

[328] El art. 29.1 de la LES señala expresamente que las obligaciones sobre prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores, establecidas en desarrollo del apartado a) del art. 29.2 de la LES (que, tras su derogación, debe entenderse referido al art. 5.2 de la LOSEC), se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo. El mismo carácter subsidiario de la LES cabe otorgar a las normas establecidas en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 01/04/2009), y el resto de las normas de carácter especial relativas al crédito hipotecario, como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15/05/2013). Sin embargo, a los efectos del presente estudio, conviene señalar que ninguno de los textos legales antedichos prevé normas sobre evaluación de la solvencia.

[329] Por su extensión, nos remitimos al contenido del art. 2.2 de la DCC.

importe total sea inferior a 200 euros[330] o superior a 75.000 euros, salvo aquellos contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial, que quedarán sujetos a la DCC aunque excedan esa cuantía[331].

Este ámbito objetivo se revisa en la nueva Propuesta de DCC 2021, pues se ha constatado que los prestatarios de microcréditos habitualmente tienen más de un préstamo, lo que les coloca en un grave riesgo de sobreendeudamiento, teniendo en cuenta que su solvencia nunca resulta evaluada, y que en algunos Estados miembros 200 euros representa una cuantía significativa respecto de los ingresos mensuales[332]. Así, la nueva Propuesta de DCC 2021 suprime la excepción de su ámbito de aplicación relativa a los importes mínimos, además de aquellas relativas a los contratos de arrendamiento financiero con una opción de compra de bienes o servicios, la posibilidad de descubierto, los créditos libres de intereses sin gastos o los créditos que han de reembolsarse en el plazo de tres meses con gastos mínimos[333].

Por su parte, la DCI delimita de forma positiva su ámbito de aplicación en el art. 3.1 (*i*) a los contratos de crédito garantizados, (*a*) bien por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada sobre bienes inmuebles de uso residencial, (*b*) bien por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial (y ello con independencia de la finalidad del crédito[334]); y (*ii*) a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o

[330] El Código Europeo de Buenas Prácticas sobre la concesión de microcréditos aborda el problema –de forma limitada– del sobreendeudamiento por microcréditos, incluyendo como Cláusula 1.7: «*Microcredit providers will assess repayment capacity and loan affordability on the basis of sufficient information from the applicant, database and/or from competitor*». Esta cláusula se destaca como cláusula prioritaria por reducir el riesgo de sobreendeudamiento de los consumidores (cfr. European Code of Good Conduct for Microcredit Provision, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, p. 19).

[331] *Vid.* Art. 46 de la DCI que modifica el art. 2 de la DCC para asegurar a los consumidores un nivel de protección equivalente y evitar un vacío de regulación entre la DCC y la DCI (cf. Considerando 18 DCI).

[332] *Vid.* EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], p. 10.

[333] *Vid.* Art. 2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], pp. 10, 37. De esta forma, como señala el Considerando 15 de la Propuesta de DCC 2021, quedan cubiertas por la normativa nuevas formas de financiación al consumo como el BNPL («*buy now, pay later*», «compre ahora y pague después»), desarrollado –y en pleno auge– por las *Fintech* en el marco del comercio electrónico. Esta forma de financiación al consumo, consistente en el fraccionamiento de pago, no por el vendedor, sino por un tercero, sin intereses para el consumidor, pues son asumidos por el vendedor, entraña un elevado riesgo de sobreendeudamiento, no solo porque fomenta el consumo excesivo e irreflexivo, sino porque resulta opaco al sistema al no constar en registros de crédito, de manera que pasa desapercibido para los sujetos obligados a evaluar la solvencia del prestatario antes de conceder financiación, favoreciendo la concesión de crédito a prestatarios sobreendeudados (*vid.* CUENA CASAS, M.: «"Compre ahora y pague después": Otra trampa para sobreendeudar a los consumidores», *Hay Derecho*, 7 de abril de 2022).

[334] *Vid.* Considerando 15 de la DCI.

conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir (*v. gr.* contratos de refinanciación[335]); si bien los Estados miembros pueden hacer extensivas las medidas adoptadas de conformidad con la Directiva a otros bienes inmuebles de uso distinto del residencial (cf. Considerando 13 DCI). A su vez, siguiendo la técnica legislativa comunitaria habitual, el art. 3.2 delimita el ámbito de aplicación en sentido negativo[336].

En Derecho español, estas disposiciones han sido transpuestas en los arts. 1 y 3 de la LCC, y en el art. 2 de la LCCI, respectivamente.

La LCC reconoce su aplicación a los contratos de crédito al consumo, entendidos como aquellos en los que se concede a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito u otro medio equivalente de financiación (cf. art. 1.1 LCC); y no consistan en el suministro de bienes de un mismo tipo o en la prestación continuada de servicios, siempre que asista al consumidor el derecho a pagar por ellos a plazos durante el período de la duración del contrato (cf. art. 1.2 LCC)[337].

[335] *Vid.* Considerando 15 de la DCI.

[336] Por su extensión, nos remitimos al contenido del art. 3.2 de la DCI.

[337] A su vez, al igual que la DCC, el art. 3 de la LCC delimita en sentido negativo su ámbito de aplicación, excluyendo del mismo los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria; los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir; los contratos de crédito cuyo importe total sea inferior a 200 euros; los contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación de compra del objeto del contrato por el arrendatario; los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto (salvo aquellos a los que la ley resulta parcialmente aplicable conforme al art. 4 LCC) que tengan que reembolsarse en el plazo máximo de un mes (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12.7 y en el art. 19 de la LCC); los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, y los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo máximo de tres meses y por los que sólo se deban pagar unos gastos mínimos; los contratos de crédito concedidos por un empresario a sus empleados en determinadas condiciones «y que no se ofrezcan al público en general»; los contratos de crédito celebrados con empresas de servicios de inversión o entidades de crédito para realizar una operación relativa a instrumentos financieros, cuando la empresa de inversión o la entidad de crédito que concede el crédito participe en la operación; los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado en los tribunales; los contratos de crédito relativos al pago aplazado, sin intereses, comisiones ni otros gastos, de una deuda existente; y los contratos de crédito para cuya celebración se pide al consumidor que entregue un bien al prestamista como garantía de seguridad y en los que la responsabilidad del consumidor está estrictamente limitada a dicho bien.

Por su parte, según el art. 2 de la LCCI, sus disposiciones serán de aplicación[338] a (a) la concesión de préstamos o créditos (cf. 2.3 LCCI) con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre inmuebles de uso residencial, entendiendo por tales, también, los trasteros, garajes, y cualesquiera otros elementos que, sin constituir vivienda, cumplen una «función doméstica»[339]; y a (b) la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, *siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor*.

Se trata por tanto de un ámbito de aplicación difícil de interpretar en algunos aspectos, pues ni la DCI ni la LCCI definen la «función doméstica» ni lo que es un «bien inmueble de uso residencial», que no puede identificarse con la «vivienda habitual»[340].

También resulta controvertida la falta de alusión al «uso residencial» de los inmuebles referidos en la letra b) del art. 2.1 de la LCCI. A este respecto, la DGRN –hoy, DGSJFP–, ha aclarado que «en el supuesto de los préstamos con una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no

[338] Al igual que la DCI, la LCCI delimita su ámbito de aplicación con carácter negativo en el apartado 4 del art. 2, excluyendo de él los contratos de préstamo concedidos por un empleador a sus empleados, en determinadas condiciones «y que no se ofrezcan al público en general»; los concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo; los concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes; los que resulten de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación; los relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial; o la hipoteca inversa que reúna las condiciones previstas en el precepto. Algunas de estas exclusiones, como los préstamos personales garantizados con vivienda habitual y los prestamos puente, han sido criticadas por la doctrina: «[…] tan consumidor es quien adquiere su propia vivienda como quien hipoteca cualquier otro inmueble de su titularidad; la deuda puede ser de importancia y comprometer tanto el propio bien gravado como el resto del patrimonio del deudor. Queda dicho que, con independencia de que cada Estado decida o no dotar de un régimen diferenciado a la vivienda habitual, una Directiva de protección de consumidores no debería excluir directamente ni permitir que los Estados excluyan de su tuición teóricamente reforzada préstamos que pueden poner en entredicho bienes esenciales.» (cfr. ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ob. cit., p. 54).

[339] Extensión del ámbito objetivo (cf. Considerando 13 de la DCI) incluida con base en la enmienda transaccional número 6, procedente de las enmiendas números 210 del G.P. Popular, 88, 89 y 90 del G.P. Socialista, 127 del G.P. de Esquerra Republicana, 183 del G.P. Ciudadanos y 217 del G.P. Mixto (PDeCAT), aprobada por mayoría (*vid.* Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de diciembre de 2018, Núm. 12-4, pág. 2).

[340] En este sentido, *vid.* ANDERSON, M.: "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", *La Notaria*, Nº. 1, 2019, p. 13.

residencial.»[341]. La DGRN llega a esta conclusión al constatar que el rechazo de la Enmienda 210 al Proyecto de LCCI, que planteaba aclarar este inciso añadiendo la referencia al «uso residencial»[342], confirmaría que la LCCI realiza aquí una transposición literal del art. 3.1.b) de la DCCI; lo que además se compadecería con el Considerando 15 de la DCCI. A mayor abundamiento, señala la DGRN que el art. 129 bis de la Ley Hipotecaria[343], referido al vencimiento anticipado, sí alude, en cambio, al «uso residencial» de esta clase de inmuebles para exigir este requisito para este concreto efecto de la Ley, lo que confirmaría su interpretación respecto del art. 2.1.b) de la LCCI[344].

En cualquier caso, debemos celebrar que con este ámbito objetivo se priorice la protección del consumidor frente a una inversión considerable en relación con su patrimonio, independientemente de si esta se refiere a su vivienda habitual o a otra clase de inmuebles[345].

[341] Cfr. Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2019. *Vid.* ÁLVAREZ-ROYO VILLANOVA, S. / RIVAS RUIZ, A.: "Deshaciendo la madeja de la LCCI", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 89, enero-febrero 2020.

[342] El Grupo Parlamentario Popular presentó la Enmienda 210 con la siguiente justificación: «El apartado 2 del artículo 2 está redactado en distintos términos que el apartado 1 de este mismo artículo. Es necesario, por tanto, modificar el apartado 2 en concordancia con el 1, que es el más fiel con la redacción de la Directiva que se transpone. Además, por esta misma razón, se añade la matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial. Por lo que mediante esta reforma se evitarán posibles problemas interpretativos al fijar el ámbito objetivo de forma coherente entre los distintos apartados del artículo.» (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, p. 305).

[343] Señala el art. 129 bis de la Ley Hipotecaria: «Tratándose de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir *para uso residencial*, perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: (…)» (*vid.* BOE núm. 58, de 27/02/1946).

[344] «Ello significa que si en este caso se ha introducido la concreción del uso residencial, y en cambio en el supuesto general del art. 2.1.b no se ha hecho así, es porque se ha diferenciado intencionadamente ambos supuestos. Y ese tratamiento diferenciado puede tener plena justificación, por cuanto en el supuesto del préstamo para adquirir terrenos por construir destinados a vivienda del adquirente esa finalidad justificaría una exigencia, para el vencimiento anticipado, de un incumplimiento cualificado por su importe.» (cfr. Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2019).

[345] En este sentido, *vid.* ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ob. cit., pp. 45-64.

1.2. Ámbito subjetivo

Determinar el ámbito subjetivo de la normativa de préstamo responsable reviste, sin embargo, mayor complejidad.

En primer lugar, debemos distinguir el ámbito subjetivo desde el punto de vista activo (prestamista) y pasivo (prestatario).

Desde el punto de vista *activo*, la obligación de evaluar la solvencia del prestatario contenida en la normativa general se aplica a los establecimientos financieros de crédito y entidades de crédito[346] españolas, extranjeras o domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que operen, en su caso, mediante sucursales, agente, intermediario o en régimen de libre prestación de servicios (cf. art. 2.1 OTP; Norma segunda Circular BdE 5/2012). En este sentido, la normativa general se hace eco de los objetivos tradicionales de la gestión del riesgo de crédito[347] dirigidos a garantizar la solvencia de las entidades de crédito, excluyendo la prestación de crédito por prestamistas personas físicas.

La normativa especial amplía este ámbito al reconocer su aplicación a los contratos de préstamo que son objeto de la misma concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional («en el ejercicio de su actividad comercial o profesional», según la literalidad del art. 2.2 de la LCC), es decir, que «intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora» (cf. art. 2.1 LCCI)[348].

Conviene tener presente que la obligación de evaluar la solvencia del prestatario sólo es exigible al prestamista en sentido estricto (cf. art. 14 LCC y art. 11 LCCI) y no a

[346] *Vid.* Art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014, en adelante, "LOSEC"), que las define como «empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propias» [cf. art. 4.1.1 del Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012, DOUE 27.6.2013], y según el cual tienen esta consideración los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial.

[347] Sobre la delimitación conceptual entre evaluación de la solvencia y evaluación del riesgo de crédito, *vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.2.

[348] La Disposición final primera de la LCC establece su aplicación en relación con los contratos de crédito al consumo (cf. arts. 1 y 3 LCC) a las entidades de crédito «sin perjuicio de la normativa sectorial que les sea aplicable siempre que no se oponga a las previsiones contenidas en aquélla».

los intermediarios de crédito[349] a los que, sin embargo, les son exigibles otras obligaciones de préstamo responsable en sentido amplio (fundamentalmente, obligaciones de información) que exceden el ámbito del presente estudio. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que el prestamista pueda externalizar la evaluación de la solvencia, de acuerdo con las normas de externalización[350].

Esta extensión de las normas sobre evaluación de la solvencia a prestamistas distintos de las entidades de crédito constituye una muestra del cambio de paradigma que esta regulación ha sufrido en los últimos años[351], colocando en el centro de sus objetivos la protección del cliente y la evitación de su sobreendeudamiento activo, más allá de la sola salvaguarda de la solvencia de las entidades financieras. La Ley catalana 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo[352], ahondaba en este enfoque al introducir en su art. 20 –declarado nulo por la STC 54/2018, de 24 de mayo de 2018– un nuevo Título VI al libro segundo del Código de consumo, regulando en el art. 263-2 el deber del «prestamista o el intermediario de crédito» de evaluar la solvencia.

Desde el punto de vista *pasivo*, el título del art. 29 de la LES señala como destinatarios de la protección que la norma pretende brindar a los «usuarios de servicios financieros», lo que nos permitiría inferir que se trata de un precepto tuitivo de los consumidores[353], que dejaría fuera de su ámbito a las personas físicas que actúen en el marco de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión[354].

---

[349] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", AA.VV., *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer- La Ley, marzo 2019, consultado en Smarteca, p. 2.

[350] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre externalización*, EBA/GL/2019/02, 25 de febrero de 2019, teniendo en cuenta los términos en que han sido adoptadas por la Comisión Ejecutiva del Banco de España, en su calidad de autoridad competente de la supervisión directa de las entidades de crédito menos significativas, el 29 de julio de 2019 (*vid.* https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2019_02_ES.pdf). En este sentido, *vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 14.

[351] *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.

[352] BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015.

[353] Utilizaremos el término «consumidor» en sentido amplio, comprensivo tanto de los consumidores de bienes, como de los usuarios de servicios.

[354] Cf. Art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007 (TRLGDCU).

Sin embargo, el inciso primero del artículo señala la obligación de las entidades de evaluar la solvencia del «potencial prestatario», sin distinguir si se trata de una persona física o jurídica, consumidor o no[355], lo que nos llevaría a pensar en un ámbito subjetivo más amplio.

Por su parte, el inciso tercero se refiere a las «prácticas para la concesión responsable de préstamos o créditos a los consumidores» que las entidades deberán llevar a cabo «de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente» (esto es, el derogado art. 29.2 de la LES), lo que ha llevado a algunos autores a interpretar que la LES exige la evaluación de la solvencia como «condición para conceder crédito a cualquier cliente, a lo que añade una habilitación para desarrollar un régimen de protección especial al consumidor que pretende acceder al crédito»[356]. Esta interpretación, no obstante, no se compadece con las normas que han desarrollado el contenido del precepto, empezando por el art. 5 de la LOSEC que, al acoger la habilitación normativa inicialmente prevista en el art. 29.2 de la LES, no circunscribe su ámbito subjetivo a los «consumidores», sino que lo extiende a todos los «clientes». Igualmente, el art. 2.1 de la OTP y la Norma segunda de la Circular BdE 5/2012 incluyen en su ámbito de aplicación a los clientes «personas físicas»[357], de manera que quedan bajo su protección tanto los consumidores como las personas físicas que actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial[358].

[355] En este mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2883; MELERO BOSCH, L. V.: "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.

[356] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 16, 2014, págs. 141-160. Consultado en SSRN, Working Paper, p. 6.

[357] El Preámbulo de la OTP señala como uno de sus principales objetivos establecer obligaciones que concreten y desarrollen los principios generales previstos en materia de préstamo responsable en la LES «en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado».

[358] Según MELERO BOSCH, L. V., «La equiparación en la protección del consumidor a la del empresario individual responde, además, al movimiento que se inclina por la protección de este último en tanto que más cercano a la posición del consumidor que a la de profesional», lo que haría que las personas físicas empresarios o profesionales, e incluso –señala– las sociedades unipersonales, se encontrasen frente a las entidades de crédito en la posición de «desequilibrio contractual» que tradicionalmente ha justificado las normas tuitivas de los consumidores (cfr. "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.).

Por tanto, me inclino a interpretar el ámbito subjetivo del régimen general de préstamo responsable contenido en el art. 29 de la LES y la normativa que lo desarrolla de manera extensiva[359].

Sin perjuicio de lo anterior, conviene apuntar que tanto el art. 2.4 de la OTP como la Norma segunda de la Circular BdE 5/2012 permiten excluir la aplicación total o parcial del contenido de ambos textos normativos por *acuerdo entre las partes* cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, salvo en las excepciones previstas[360], que no incluyen la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, y frente al carácter irrenunciable de la misma normativa en la contratación con consumidores[361]. Esta previsión ignora la escasa o nula capacidad de negociación de estos clientes frente a las entidades de crédito como consecuencia del desequilibrio que caracteriza las relaciones banco-cliente[362]. Más aún, se trata de una fórmula que permitiría al prestamista incumplir obligaciones previstas en la normativa sobre préstamo responsable, como el deber de consultar bases de datos para la evaluación de la solvencia.

Más allá de esta exclusión facultativa, lo cierto es, que la extensión del ámbito subjetivo del préstamo responsable a todas las personas físicas (al margen de la regulación especial del préstamo responsable al consumo contenido en la LCC) parece ser una intención expresa del legislador español. Así, en el crédito inmobiliario, mientras que la

[359] En este sentido, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 212.

[360] Con excepción de las normas relativas a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la LCCI (capítulo II del título III de la OTP) y las previsiones relativas a la tasa anual equivalente y coste o rendimiento efectivo remanente, y a los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios (Normas Decimotercera y Decimoquinta de la Circular BdE 5/2012).

[361] *Vid.* MELERO BOSCH, L. V.: "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.

[362] Me alineo aquí con la dura crítica vertida por GOMÁ LANZÓN, F. (*vid.* "Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 40, noviembre-diciembre, 2011). El autor va más allá y llega incluso a señalar la eventual nulidad de la norma con base en el art. 10 del TRLGDCU, conforme al cual la OTP contendría derechos irrenunciables, y que el autor considera aplicable a las personas físicas empresarios o profesionales cuyo negocio principal no es la contratación bancaria y que –interpreta– actuarían en todo caso con respecto a los bancos como consumidores.

DCI reserva su ámbito de aplicación a los consumidores[363] –si bien es cierto que con un sentido amplio[364]–, y a pesar de que la obligación de los Estados miembros de transponer la Directiva «se limita a los contratos de crédito celebrados con consumidores»[365], la LCCI extiende deliberadamente dicho ámbito de aplicación a los contratos en los que el prestatario, el fiador o el garante sea una «persona física» (cf. art. 2.1 LCCI), con el fin de «ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos» en la línea de la OTP[366]. Como se ha dicho, «Las mismas razones que aconsejan evaluar la capacidad de reembolso del deudor exigen que se haga para el fiador o garante, quien también puede verse obligado a cumplir el contrato de préstamo»[367]. Igualmente, la LCCI prevé la evaluación de la solvencia en caso de subrogación de deudor en la obligación personal con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y de novación modificativa del contrato de préstamo (Disposiciones adicionales 6ª y 7ª de la LCCI).

Esta ampliación, sin embargo, se excepciona en el caso de contratos de préstamo concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, para los cuales la regulación contenida en la LCCI solo resulta aplicable a prestatarios, fiadores o garantes que sean consumidores. Según señaló el Consejo de Estado, «con ello se pretende evitar los problemas que pudiera plantear la aplicación de esta previsión a los autónomos (en tanto posibilitaría la vinculación de tales

[363] Según el Considerando 11 de la DCI, «Dado que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, no necesitan disponer del mismo grado de protección. Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no puedan establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar que las empresas celebren contratos de otro tipo.». Si bien el Considerando 8 de la propuesta de DCI contenía este mismo literal, a renglón seguido reconocía que «No obstante, los Estados miembros deben tener la posibilidad de hacer extensivo su ámbito de aplicación a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores, en particular las microempresas, según estas se definen en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.», previsión que no se trasladó de forma expresa al texto final de la Directiva [cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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)], Considerando 8, p. 16].

[364] El Considerando 12 de la DCI señala que «en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor.».

[365] Cfr. Considerando 14 de la DCI.

[366] Cfr. Preámbulo de la LCCI.

[367] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 2.

contratos a fines exclusivamente profesionales, al no exigirse el uso residencial)»[368]. De esta manera, los mismos autónomos a quienes se extiende la protección en la LCCI, quedan desprotegidos si hipoteca un terreno o un inmueble en construcción o de tipo distinto, a pesar de que el riesgo que asume es el mismo y existe la posibilidad de que la obligación se haga efectiva sobre el resto de su patrimonio, incluyendo la vivienda habitual[369].

Por lo demás, hay que tener presente que tanto la DCC como la DCI –por remisión a la anterior–, definen al «consumidor» como «persona física» que actúa con fines al margen de su actividad comercial o profesional [cf. art. 3.a) DCC y art. 4.1 DCI]; y esta es la definición que se traslada al art. 2.1 de la LCC, apartándose del concepto general de consumidor y de usuario[370] comprensivo de las personas físicas, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica.

Finalmente, debemos recordar que la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda[371], establece en su art. 13 la obligación de «evaluar en profundidad la solvencia de la persona consumidora y usuaria, de conformidad con los artículos 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, 16.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y con el resto de la normativa estatal y comunitaria de aplicación.». Por tanto, a pesar de aludir a «la

[368] Cfr. Dictamen del Consejo de Estado 709/2017, de 14 de septiembre, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El Consejo de Estado resultó crítico en esta cuestión, pues la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado había señalado que el art. 18.3 de la DCI impedía que la evaluación de la solvencia del consumidor se basase predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial, y se preguntaba cómo se aplicarían esta clase de previsiones a los trabajadores autónomos por los efectos que podrían tener en la actividad de concesión de créditos a profesionales. Por ello, el Consejo de Estado señaló la conveniencia de articular la extensión del ámbito de aplicación a los trabajadores autónomos «de modo que la regulación sustantiva contenida en la futura ley gire sobre el concepto de consumidor, sin perjuicio de que en unos artículos específicos o en una disposición adicional se prevea su aplicación a los trabajadores autónomos con las especialidades que, en su caso, se consideren pertinentes.».

[369] Así lo apunta certeramente ANDERSON, M. (*vid.* "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", ob. cit., p. 13).

[370] Cf. Art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, en adelante, "TRLGDCU").

[371] BOJA núm. 114, de 16/06/2016, «BOE» núm. 157, de 30/06/2016.

persona consumidora y usuaria», la ley andaluza se remite en su regulación al Derecho común[372], lo que nos lleva a interpretar su ámbito de aplicación de forma extensiva.

De todo lo anterior se concluye que el ámbito subjetivo de la normativa sobre préstamo responsable puede quedar resumido de la siguiente manera:

	ÁMBITO SUBJETIVO ACTIVO	**ÁMBITO SUBJETIVO PASIVO**
LES/ OTP/ CIRCULAR BDE 5/2012	**Establecimientos financieros de crédito y entidades de crédito** españolas, extranjeras o domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea	Personas físicas
LCCI	Prestamistas profesionales personas físicas o jurídicas	Personas físicas
LCC	Prestamistas profesionales personas físicas o jurídicas	Personas físicas **consumidores**

Tabla 1.- Ámbito subjetivo de la normativa de préstamo responsable

El anterior resumen comparativo permite percibir con claridad las implicaciones de esta deficiente técnica regulatoria basada en una acumulación normativa con objetivos no siempre coordinados.

Por una parte, en relación con los contratos de préstamo o crédito concertados entre entidades de crédito y consumidores, las normas sobre préstamo responsable se superponen. Para clarificar la normativa aplicable, al margen de considerar el ámbito objetivo al que pertenece la operación para valorar la aplicación de la LCC o la LCCI, hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que el art. 33 de la OTP dispone que, en el ámbito de los contratos de crédito al consumo amparados por la LCC, la OTP se aplicará subsidiariamente en relación con los aspectos no regulados por la norma especial, la LCC declara su vigencia sin perjuicio del deber de las entidades de crédito de observar las previsiones de la LES respecto de la responsabilidad en el crédito y la protección de los usuarios de servicios financieros (cf. Exposición de Motivos de la LCC). Además, en su art. 14.1, la LCC señala que para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán

[372] De acuerdo con la modificación del art. 13 operada por el art. único.8 del Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre, por el que se modifica la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOJA núm. 247, de 26 de diciembre de 2019).

en cuenta las normas sobre gestión de riesgos y control interno, ámbito al que la LES no pertenece en sentido estricto, pues se incardina en la normativa sobre transparencia y protección del cliente[373]. Por tanto, teniendo en cuenta la prevalencia de la LCC como ley especial frente a la ley general que es la LES y su normativa de desarrollo, podremos considerar que, en los casos en que el ámbito subjetivo coincide, se aplicarán cumulativamente la LCC, la LES, y la normativa sobre gestión de riegos y control interno[374].

Por otra parte, del resumen comparativo se observa que la normativa ignora absolutamente el eventual préstamo irresponsable distinto del crédito inmobiliario otorgado por prestamistas que no sean entidades de crédito a personas físicas que actúen en el marco de su actividad profesional o empresarial (pues, como vemos, en el caso de los consumidores resultaría de aplicación a estos contratos el régimen establecido en la LCC)[375]. En este caso, la normativa aplicable se limitaría a la LES y su desarrollo reglamentario, lo que supone una deficiencia importante en términos tuitivos. Si bien esta laguna legal podría interpretarse como una muestra de que el objetivo prioritario de la normativa es la protección de la solvencia de las entidades de crédito, y no la prevención del sobreendeudamiento activo de los prestatarios personas físicas, me inclino a pensar que se trata más bien del resultado de una deficiente técnica legislativa, fruto de una regulación desarrollada de manera sucesiva y, en ciertos aspectos, descoordinada.

Se hace imprescindible, por tanto, simplificar y armonizar el ámbito subjetivo de la normativa de préstamo responsable a fin de que garantice la protección de los prestatarios personas físicas –consumidores o no– en su contratación con cualquier prestamista, y ello porque la regulación del préstamo responsable tiene como objetivo principal la prevención del sobreendeudamiento privado, y no la protección de la solvencia de la entidad que, como hemos visto, se trata más bien de un objetivo indirecto de esta regulación. La extensión del ámbito subjetivo de la normativa sobre préstamo responsable

[373] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 213. Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.2.

[374] *Vid* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 214.

[375] En el mismo sentido –aunque sin tener en cuenta el ámbito de la LCCI, por ser anteriores a la misma–, *vid.* DE LA PEÑA, L. / LÓPEZ FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", ob. cit., p. 56; GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 213.

a todas las personas físicas resulta clave en cuanto a la consecución del objetivo de protección de los clientes. En tanto en cuanto estoy a favor de un tratamiento concursal unitario de la insolvencia de la persona física, independientemente de que la misma derive de su sobreendeudamiento como consumidor, como empresario o profesional, o como ambos, considero que la prevención de dicha insolvencia a través de la regulación del préstamo responsable debe resultar también independiente de si el prestatario persona física actúa en su condición de consumidor o en el marco de su actividad empresarial o profesional.

Finalmente, desde un punto de vista sistemático, la regulación de las obligaciones de conducta en los ámbitos de actuación de las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y empresas de seguros, debe alinearse en la protección de sus clientes personas físicas cuando acuden al mercado financiero, sin atender a si actúan en el marco de su actividad de consumo, o de su actividad empresarial o profesional, y sin perjuicio de que, cuando reúnan además la condición de consumidor, a las normas de conducta que les protegen se superponga la normativa de protección de los consumidores[376]. Esta sistematización del ámbito subjetivo de las normas de conducta de las entidades financieras resulta clave en la práctica, sobre todo teniendo en cuenta que la prestación de servicios financieros en muchas ocasiones se realiza de manera combinada, de modo que la condición de deudor crediticio, tomador de seguro o asegurado, e inversor pueden confluir en una misma relación de comercialización o asesoramiento financiero.

2. Naturaleza y caracteres del deber de evaluar la solvencia

La evaluación de la solvencia constituye una obligación accesoria del contrato de préstamo o crédito dispuesta en una norma de conducta.

Tradicionalmente, se ha definido el contrato de préstamo de dinero (mutuo), civil y mercantil, como un contrato *real* –cuya perfección se produce con la entrega de la cosa– y *unilateral* –en el cual sólo nacen obligaciones (de restitución) para el prestatario–[377],

[376] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2883.

[377] *Vid.* URÍA, R., quien destaca: «El prestamista no asume obligación alguna, puesto que la entrega al prestatario del dinero o cosas prestadas no es consecuencia o efecto del contrato, sino condición para la existencia del mismo. Todos los deberes corren de cargo del prestatario, que asumirá una o dos obligaciones según que el préstamo sea gratuito o retribuido [la obligación de restituir y, en caso de ser retribuido, la obligación de satisfacer el interés pactado].» (*Derecho Mercantil*, 11ª edición, Madrid, 1976, p. 624). Igualmente, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 469.

tradición histórica que cristalizó tanto en el Código Civil (arts. 1740; 1753 y ss. CC) como en el Código de Comercio (arts. 311 y ss. CCom). Esta caracterización del contrato de préstamo, sin embargo, ha sido cuestionada por la doctrina, que ha reconocido la posibilidad de calificar determinados contratos de préstamo como *consensuales* y *bilaterales*[378], tal y como de forma tradicional se han caracterizado los contratos bancarios de crédito[379].

El carácter consensual y bilateral del contrato de préstamo se pone especialmente de manifiesto en el ámbito de la actividad bancaria, ya que la formalización del préstamo se realiza habitualmente con anterioridad a la entrega o puesta a disposición de las cantidades, y existen ciertas obligaciones de oferta vinculante para los prestamistas [cf. art. 23 OTP; art. 8 LCC; art. 14.1.a) LCCI][380]. En este sentido, se ha señalado:

> «Una vez expuestas las diferentes posiciones doctrinales en torno a la naturaleza del contrato de mutuo o simple préstamo, hemos de afirmar como corolario del presente estudio que la caracterización del préstamo como un contrato real cuya perfección, consecuentemente se produce en el momento de la entrega del capital prestado, es una calificación que no se ajusta en absoluto a la realidad actual, en particular a la operativa bancaria, en la cual la concepción del préstamo como contrato real contrasta con la práctica en la que el pacto sobre la concesión del mismo es anterior a la entrega del dinero; de hecho, en el momento en que se firma la póliza con la entidad crediticia se entiende que se ha perfeccionado, constituyendo la entrega del dinero un acto de ejecución del

[378] Sobre esta evolución, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 400-401; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 555-556, quien señala como punto de inflexión la obra de JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958; y ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 21-31; GUTIÉRREZ GILSANZ, J. / MARTÍNEZ MUÑOZ, Y.: "Las operaciones de crédito activas (1). El préstamo bancario y la apertura de crédito", YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Vol. 10, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2014, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[379] *Vid.* URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 639; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 484; ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, ob. cit., pp. 30-31.

[380] Así lo destaca ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 726.

contrato; de acuerdo con lo cual el préstamo se convierte en consensual, perfeccionándose con el acuerdo de voluntades.»[381]

Esta evolución doctrinal, plasmada en la Propuesta de Código Mercantil[382] y en la Propuesta de Código Civil[383], ha sido también asumida por la jurisprudencia más reciente[384].

[381] Cfr. ORDÁS ALONSO, M.: El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia, ob. cit., p. 28. Más adelante, la autora añade que «los autores que admitimos la posibilidad de un contrato consensual de mutuo consideramos que éste es bilateral, aunque las obligaciones de ambas partes no nazcan simultáneamente, sino que será necesario que el prestamista realice la entrega para que nazca la obligación del prestatario de devolver la cosa entregada» (cfr. Ibidem., pp. 29-30). En el mismo sentido, afirma LUQUIN BERGARECHE, R. el carácter bilateral del crédito al consumo, del que surgen «derechos y obligaciones recíprocas en el acreditado y el prestamista.» (cfr. El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor, ob. cit., p. 44).

[382] *Vid.* Art. 573-1: «Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés.»; y art. 573-2 que señala las «Obligaciones del prestamista»: «1. El prestamista está obligado a poner a disposición del prestatario el dinero objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas. Salvo pacto en contrario la entrega del capital se llevará a cabo desde luego y en el domicilio del prestamista. 2. Salvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada, con detalle del modo y forma en que se haya verificado la entrega de la misma, corresponderá al prestamista acreditar que ha cumplido su obligación.» (cfr. *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2013).

[383] *Vid.* Art. 5121-1: «Por el contrato de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que este le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada en su caso con el correspondiente interés.»; y art. 5121-2, que –al igual que la Propuesta de Código Mercantil– señala las «Obligaciones del prestamista»: «El prestamista está obligado a poner a disposición del prestatario la suma de dinero objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas. Salvo pacto en contrario, la entrega del dinero se lleva a cabo en el domicilio del prestamista.» (cfr. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018).

[384] *Vid.* Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, 432/2018, de 11 de julio (Roj: STS 2551/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2551), que desestima el recurso de casación interpuesto por el Grupo Previndal Salud, S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª, de 29 de mayo de 2015 (rollo de apelación nº 72/2015), que desestimó el recurso de apelación presentado contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada, de 20 de noviembre de 2014, que estimó la demanda por la que se interesaba la resolución de un contrato de préstamo por haber incumplido la prestataria, Grupo Previndal Salud, S.L., la obligación de devolución. En esta resolución, el Pleno de la Sala de lo Civil sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: «En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente. El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.».

Por tanto, asumiendo esta configuración del contrato de préstamo, podemos decir que de él nacen dos obligaciones recíprocas esenciales: la del prestamista, de poner a disposición el dinero; y la del prestatario, de reintegrar el principal y los intereses pactados.

Junto a estas obligaciones esenciales, en el ámbito de la actividad *profesional* de concesión de crédito, atendiendo a su carácter regulado y supervisado –en particular, de las entidades de crédito–, la configuración jurídica del contrato incluye un elenco de obligaciones no esenciales[385] –que podríamos calificar de *accesorias*–, establecidas en normas imperativas, que forman parte de las prestaciones que corresponden a las partes en el contrato bilateral de préstamo. Entre estas obligaciones se encuentra la de evaluar la solvencia del prestatario[386], que constituye una obligación del prestamista, dispuesta en una norma imperativa (cf. art. 5 LCC; art. 3 LCCI) integrada en la normativa de conducta del mercado de crédito.

Tras haber caracterizado la evaluación de la solvencia como obligación accesoria del contrato de préstamo o crédito dispuesta en una norma de conducta, a continuación, analizaremos cuál es la prestación objeto de esta obligación accesoria con la que el prestatario obtiene «la satisfacción de su interés»[387]; lo cual nos permitirá determinar –a *sensu contrario*– qué constituye un incumplimiento de la obligación por parte del prestamista.

[385] La doctrina ha puesto de manifiesto que la obligación de evaluar la solvencia del prestatario no se trata de una obligación esencial del contrato de préstamo, pues no se impone de forma imperativa a todo prestamista. Como hemos visto al analizar el ámbito subjetivo de la obligación de evaluar la solvencia, tal deber sólo se impone a las entidades de crédito –respecto de cualquier prestatario– y a aquellos prestamistas privados que contraten con prestatarios personas físicas consumidoras en el marco de la LCC, o con cualquier persona física en el marco de la LCCI. En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P., quien destaca que tal carácter esencial no se desprende de la nueva conceptualización del contrato de préstamo como contrato consensual y bilateral, frente a su tradicional conceptualización como contrato unilateral y real (en "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, ob. cit., pp. 728-729).

[386] En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 729.

[387] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 135. En este sentido, hay que tener en cuenta que «La idea de incumplimiento de la obligación posee diferente sentido según que el fenómeno se contemple desde el punto de vista del deber jurídico del deudor o desde la perspectiva del derecho o del interés del acreedor. De acuerdo con el primero, lo que habrá que preguntar es en qué medida se ha observado o infringido su deber. Conforme al segundo, habrá que investigar en qué medida ha recibido satisfacción su derecho o interés, a cuyo logro se encontraba enderezada la relación obligatoria.» (Cfr. *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 187).

En las obligaciones *de hacer* o de *no hacer* –en contraposición a las obligaciones *de dar*– (cf. art. 1088 CC), la prestación objeto de la obligación impone al obligado a hacerla –*deudor* de la obligación– el desarrollo de una actividad –o su abstención– que permita al *acreedor* de la obligación «la satisfacción de su interés»[388]. Para evaluar el incumplimiento de esta clase de obligaciones –entre las cuales podemos encuadrar la evaluación de la solvencia– conviene, en primer lugar, clarificar si se trata de una obligación de medios o de una obligación de resultado. Este análisis nos llevará a abordar la definición en la ley[389] del contenido de la prestación obligatoria –esto es, «la conducta en que consiste el cumplimiento de la obligación»[390]–; y, a partir de ello, la determinación de cuándo la obligación ha de considerarse cumplida o incumplida; y, finalmente, sobre esta base, cuándo en defecto de exacto cumplimiento el *deudor* de la obligación responde, y cuándo, en cambio, a pesar de haber incumplido, puede eludir su responsabilidad[391].

La distinción entre obligaciones *de medios* y obligaciones *de resultado* se basa en «la inclusión o no en la prestación del deudor, del logro o realización de aquel *interés primario* del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio. Cuando se incluye, nos hallamos ante una prestación de resultado, cuando no, ante una de medios o de simple actividad.»[392]. Aquí reside la clave para determinar si la obligación de evaluar la solvencia, tal y como ha sido definida por el legislador, es de medios o de resultado, pues la mera distinción entre «que lo comprometido sea una pura actividad o consista además en la obtención de un determinado resultado»[393] puede llevarnos a confusión.

---

[388] *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 135.

[389] *Vid.* JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, Estudios Monográficos, Fasc. 1, 1991, p. 10.

[390] Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, ob. cit., p. 43.

[391] *Vid.* JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 6.

[392] Cfr. JORDANO FRAGA, F., ibidem, p. 7. Es lo que se ha denominado también «la atribución de riesgos que canaliza la obligación»: en las obligaciones de medios el *deudor* de la obligación no garantiza el interés perseguido por el *acreedor* de la obligación, sino que solo se obliga a realizar diligentemente una actividad; mientras que, en las obligaciones de resultado, el *deudor* de la obligación sí garantiza el interés último que se pretende satisfacer, que está integrado en la prestación debida. De este modo, en las obligaciones de medios el *deudor* de la obligación no asume el riesgo de no alcanzar la finalidad pretendida, mientras que sí lo asume en las obligaciones de resultado. *Vid.* DE ELIZALDE, F.: "Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil", *InDret*, 3/2014, julio 2014, p. 12.

[393] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 135.

El art. 29.1 de la LES establece que «Las entidades de crédito […] deberán *evaluar* la *solvencia* del potencial prestatario»; y la OTP desarrolla esta previsión como el deber de «*evaluar* la *capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones*» derivadas del préstamo (cf. art. 18.1 OTP), para lo cual el precepto dispone las operaciones que el prestamista debe realizar en el marco de los «procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia».

En el ámbito del crédito al consumo, el art. 14.1 de la LCC establece que «El prestamista […] deberá *evaluar* la *solvencia* del consumidor», sin incluir ninguna definición de lo que debe entenderse por «evaluación de la solvencia», como tampoco lo hace la Directiva que la misma transpone; si bien el Considerandos 28 de la DCC se refiere a la evaluación de la «situación financiera de un consumidor», lo que parecería aludir a la «capacidad de pago». En cualquier caso, a falta de previsión expresa distinta en la ley especial, entendemos que debemos considerar aplicable la definición contenida en la ley general.

Esta definición de la evaluación de la solvencia fue la inicialmente prevista en el art. 3 de la Propuesta de Directiva DCI[394], que se refería a la evaluación de la «*capacidad* del consumidor para hacer frente a sus obligaciones»[395]. Sin embargo, la definición finalmente adoptada en la DCI y transpuesta en la LCCI señala que este deber consiste en «la *evaluación* de las *perspectivas de cumplimiento de las obligaciones* vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo» (cf. art. 4.16 LCCI; art. 4.17 DCI); definición que engloba en el objeto de la evaluación no sólo la *capacidad* sino también la *proclividad* del prestatario de saldar el crédito (cf. Considerando 55 DCI). Es decir, la obligación prevista en la DCI y transpuesta en la LCCI tiene por prestación la conducta de *evaluar* la capacidad de pago y la voluntad de pago del prestatario, estableciendo para ello la consulta preceptiva de ficheros de solvencia para predecir el comportamiento

[394] La doctrina ha destacado la influencia de la Propuesta de DCI en la OTP [*vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", ob.cit., 19].

[395] Cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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), p. 29.

futuro del deudor atendiendo a su comportamiento en el pasado[396], llevando a cabo un juicio de probabilidades.

Este cambio en la definición de la evaluación de la solvencia refleja de algún modo la evolución que la práctica de este análisis ha sufrido. El enfoque tradicional del informe del analista de riesgos se basaba en el estudio de la calidad crediticia del cliente con base en las llamadas «5 C del crédito» –por su terminología en inglés–: perfil personal y profesional del cliente (*Character*); condiciones –principalmente, plazo y amortización– de la operación (*Conditions*); aportación de capital inicial por parte del cliente (*Capital*); situación financiera (*Capacity/Capability*), relacionando ingresos, cargas y gastos del cliente, y la propia cuota del préstamo solicitado, a través de distintas ratios (tasa de esfuerzo, préstamo sobre ingresos, renta neta disponible, renta residuo, renta de subsistencia) y garantías aportadas (*Collateral*)[397]. Este análisis fue sustituido progresivamente por un informe automático basado en técnicas de inteligencia artificial y en el histórico de pagos con la entidad, que podía ser vinculante o no para el analista de riesgos, sin perjuicio de lo cual debía justificar, en su caso, su decisión en contra del sistema[398]. Finalmente, en las últimas décadas, el informe automático ha sido reemplazado por modelos de puntuación (*credit scoring*) consistentes en «algoritmos, desarrollados con técnicas estadísticas que, bajo la hipótesis de que el comportamiento pasado es el que mejor predice el comportamiento futuro, asignan una puntuación (*score*)

[396] En palabras de MILLER, M., «The best predictor of future behavior is past behavior» (cfr. *Credit Reporting Systems Around the Globe: The State of the Art in Public and Private Credit Registries*, World Bank, June 2000, p. 2). En el mismo sentido, CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 20, 2014, consultado en Smarteca, p. 17.

[397] *Vid.* BALBUENA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., pp. 152-159.

[398] *Vid.* BALBUENA, M., ibidem, p. 160.

a cada solicitud objeto de evaluación»[399]; considerados actualmente la herramienta por excelencia para evaluar la calidad crediticia de las operaciones, al menos con particulares[400].

En vista de la definición de la prestación establecida por el legislador, la evaluación de la solvencia constituye una *obligación de medios*, por cuanto que solamente está al alcance del prestamista[401] realizar el conjunto de operaciones previstas en la ley para valorar la capacidad y proclividad del prestatario para atender sus obligaciones, determinando con una cierta probabilidad si el deudor cumplirá, sin que pueda exigírsele como resultado el acierto en cuanto al futuro cumplimiento de pago por parte del deudor. El cumplimiento de pago es un *resultado* que no está al alcance del prestamista[402] pues depende tanto de la voluntad de pago –predecible con base en el comportamiento pasado, pero incierta– como de la capacidad de pago y, a su vez, la capacidad de pago futura puede verse eventualmente mermada tanto por un sobreendeudamiento activo que no estaba presente en el momento en que se efectuó la evaluación, como por un

[399] Cfr. BALBUENA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., p. 163; quien desarrolla pormenorizadamente el funcionamiento de estos modelos: «Cada puntuación tiene asociada una probabilidad de incumplimiento (PD), que permite agrupar las solicitudes por rangos de puntuación cuya probabilidad será la media de las solicitudes del rango. Este proceso permite jerarquizar los rangos según su comportamiento de pago esperado (a mayor *score*, menor probabilidad de incumplir) y parametrizar las políticas de concesión de operaciones atendiendo a los objetivos fijados. En su variante más sencilla fijando: un umbral mínimo superior a partir del cual las operaciones se aprueban directamente, una zona gris por debajo de ese umbral superior que implica otro tipo de gestiones y un umbral mínimo inferior que determina el rechazo automático de las operaciones que caigan en esa zona inferior.» Además, estos modelos pueden ser *empíricos* (también llamados *reactivos*), utilizados habitualmente en respuesta a solicitudes de crédito, y basados en la información declarada por el solicitante relativa a las «5 C del crédito»; o *comportamentales*, con un uso más amplio por parte de la entidad (respuesta a solicitudes de crédito, pero también campañas comerciales de «pre-concedidos» o de nuevos productos a clientes con riesgo vivo en la entidad, gestión de productos revolventes, y actualización de provisiones y/o capital), y basados en información contenida en las bases de datos de la entidad, del histórico de pagos, productos vivos de activo y pasivo y otros servicios prestados por la entidad al cliente y, por tanto, con un poder predictivo mayor al de los modelos empíricos (*vid.* ibid., pp. 163-164).

[400] *Vid.* BALBUENA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., p. 160.

[401] Como señalan DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., cuando resulte dudoso encuadrar la obligación en una u otra categoría, debe atenderse «a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad», de modo que, si no lo está, la obligación será de medios (cfr. *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 135). Por su parte, JORDANO FRAGA, F. recuerda que «no deben considerarse, como principio (y salvo voluntad contraria de las partes) incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un *facere*, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control (*aleatorios*: la disposición anímica o los hábitos del paciente, en el caso del médico; la formación y talante de los jueces, en el caso del abogado).» (cfr. "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 7).

[402] *Vid*. JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 10.

sobreendeudamiento pasivo sobrevenido (debido a circunstancias imprevisibles e inevitables, como la enfermedad o la pérdida del empleo)[403]. Por tanto, el prestamista que realiza las operaciones previstas en la ley para la evaluación estaría cumpliendo con la obligación de evaluar la solvencia así entendida, pues este es el contenido de su prestación, aunque el prestatario eventualmente incumpla las obligaciones vinculadas al préstamo. La *prestación* a la que se obliga la entidad de crédito es a realizar las operaciones de evaluación conforme a las previsiones legales, no a tener la certeza del cumplimiento de pago por parte del deudor; esa certeza no es un resultado exigible. La evaluación, como *medio* para determinar con un cierto grado de probabilidad si el deudor cumplirá, es el contenido de la prestación del prestamista; la certeza sobre el cumplimiento futuro del prestatario, como *resultado* al que se dirige la evaluación, queda fuera de ella[404].

De este modo, el contenido de la prestación en la obligación de evaluar la solvencia quedaría definido como «una actividad considerada en sí misma», es decir, como la propia actividad de evaluar, realizando las operaciones previstas en la ley, «que tiende, ciertamente, a un fin-resultado» –la obtención de una valoración acertada sobre las *perspectivas de cumplimiento* del deudor–, «pero cuyo efectivo logro no se incorpora a la obligación-prestación» pues, efectivamente, dicha valoración puede estar equivocada, ya que no es posible exigir al prestamista el acierto sobre las perspectivas de

[403] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M., quien señala certeramente: «[…] una correcta evaluación de la solvencia no blinda al prestamista frente al incumplimiento por parte del deudor. Este depende de la capacidad de pago y de la voluntad de pago. La obligación de evaluar la solvencia tiende a cubrir la primera de las variables.» (en "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 2). Así lo reconoce el CESE en su Dictamen sobre la Propuesta de DCC 2021: «No obstante, es fundamental destacar en la Directiva que ni siquiera una evaluación exhaustiva de la solvencia puede garantizar el reembolso del préstamo.» [cfr. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM(2021) 347 final – 2021/0171 (COD)], DOUE C 105/92, 4.3.2022, p. 92].

[404] Cfr. JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 9, que analiza en estos términos las obligaciones médicas, así como las del abogado y el gestor de negocios, y las califica como obligaciones de medios, lo que –*mutatis mutandis*– parecería aplicable al prestamista en la evaluación de la solvencia tal y como ha sido definida en la DCI y la LCCI, según estamos analizando.

cumplimiento del deudor[405]. Esta es la clave para excluir que la evaluación de la solvencia pueda ser considerada una *obligación de resultado*. Al prestamista se le exige realizar las operaciones previstas en la ley[406], de manera que a través de ellas se obtenga una valoración de la capacidad y proclividad de pago del prestatario. Este es el *resultado* exigible al prestamista[407] a la vista de sus circunstancias y con la información disponible (y accesible) en el momento en que se solicitó la financiación, y esa «actividad diligente que es el objeto de la obligación de medios, es el resultado útil idóneo para satisfacer el interés del acreedor», como «condición necesaria, aunque no siempre suficiente» para asegurar que el prestatario cumpla con su obligación de pago y, en último término, evitar su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia[408].

Entiendo que este fue también el sentido con que la propuesta inicial de DCC definió el «principio de préstamo responsable» como «una obligación de medios»:

> «El principio de «préstamo responsable» constituye una obligación de medios que se traduce, en particular, en la consulta de bases de datos centralizadas y el examen de las respuestas del consumidor o el avalista, la petición de establecer dispositivos de seguridad, la verificación de los

[405] Cfr. JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 11. En este sentido, clarifica el autor: «siendo cierto que el deudor, en cualquier obligación, debe siempre a su acreedor un determinado resultado, también lo es, que el *contenido de ese resultado debido* (la propia prestación debida), puede definirse o configurarse de distintas maneras. Y, en particular, por lo que se refiere a las prestaciones de hacer, siempre serán distinguibles […] los casos en que el fin-resultado, a que se encamina la conducta debida por el deudor, se incorpora a la prestación, a lo debido –está *in obligatione*–; de aquellos otros, en que dicho fin-resultado no se incorpora a la prestación (al *debitum*): no está *in obligatione*. En el primer caso, entonces, el *resultado debido* por el deudor, es la realización del *opus* (fin-resultado) debido […]; en el segundo caso, el *resultado debido* es solo el despliegue de una conducta diligente, técnica o no (común), con vistas a la consecución de un fin o resultado ulterior, que queda, sin embargo, fuera de la obligación, de lo debido por el deudor.» (cfr. ibidem, p. 13).

[406] *Vid.* CUENA CASAS, M., quien señala que la obligación de evaluar la solvencia podría entenderse como una obligación *de resultado* en el sentido de que, en todo caso, la realización de las actuaciones establecidas por la Ley para la evaluación de la solvencia constituye un resultado exigible al prestamista ("Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 4).

[407] De acuerdo con JORDANO FRAGA, F.: «El interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, es un dato común, predicable de cualquier vínculo obligatorio; y se refiere, en todo caso, a la prestación que tiene por objeto, tal y como haya sido definida en cada caso: en el de la obligación de medios o actividad, el acreedor está efectivamente interesado en la prestación de la conducta diligente debida, porque este resultado debido, y en sí mismo útil (que, como tal, tiene un valor económico), es además el presupuesto necesario (aunque no siempre suficiente) del fin o resultado último perseguido por las partes y ajeno al contenido de la obligación. Existe pues un resultado próximo (la actividad diligente debida) y útil, que es necesario para el logro del resultado último (no debido).» (cfr. "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 15).

[408] Cfr. JORDANO FRAGA, F., ibidem, p. 14.

datos aportados por intermediarios de crédito y el tipo de crédito ofrecido. No se trata de una obligación de resultado, como la existencia —o ausencia— de un fallo del consumidor.»[409]

Sin embargo, la obligación de evaluar la solvencia establecida en la DCI y transpuesta en la LCCI, no se agota con la mera realización de la evaluación, sino que, junto al deber de llevar a cabo las operaciones previstas en la ley para obtener una valoración sobre «las *perspectivas de cumplimiento de las obligaciones* vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo», el art. 18.5 de la DCI establece:

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

Por su parte, el art. 11.5 de la LCCI transpone esta obligación a nuestro ordenamiento casi literalmente:

«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.»

De acuerdo con estos preceptos, la obligación de evaluar la solvencia prevista en la normativa de crédito inmobiliario estaría integrada no solo por la obligación consistente en llevar a cabo las operaciones previstas en la ley y obtener una valoración sobre «las *perspectivas de cumplimiento* de las obligaciones»; sino también por una segunda obligación de poner el préstamo a disposición del cliente en condiciones tales que, de acuerdo con el resultado de la evaluación de la solvencia, sea «probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan».

De nuevo, esta obligación se trata de una obligación *de medios*, pues no está en manos del prestamista tener la certeza de que el prestatario cumplirá en todo caso con sus obligaciones de pago, a pesar de haber ajustado la oferta de crédito al resultado de la evaluación pues, como hemos dicho, la capacidad y voluntad de pago futuras del prestatario escapan al control del prestamista.

[409] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 211.

De lo dicho anteriormente se deduce que, tanto en el ámbito de la OTP y de la LCC, como de la LCCI, la obligación de evaluar la solvencia es una obligación *de medios* definida, en todo caso, como el deber del prestamista de realizar las operaciones previstas en la ley y obtener una valoración técnicamente correcta sobre la capacidad y proclividad del prestatario para cumplir las obligaciones de pago previstas en el contrato, sin que forme parte del contenido de la obligación del prestamista la certeza sobre el cumplimiento del deudor, sino únicamente que haga todo lo posible, de acuerdo con la ley, para asegurarse de ello con base en el análisis de su capacidad de pago y de su predecible voluntad de pago atendiendo a su comportamiento pasado; y, en el ámbito de la LCCI, además, poner el préstamo a disposición del prestatario en condiciones tales que, de acuerdo con el resultado de la evaluación de la solvencia, sea «probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan».

La obligación de evaluar la solvencia se configura como una obligación precontractual (cf. art. 29.1 LES, art. 18.1 OTP, art. 14.1 LCC, art. 11.1 LCCI), en virtud del cual la entidad de crédito deberá llevar a cabo el análisis de la solvencia del cliente con carácter previo a la suscripción del contrato. Más exactamente, la evaluación de la solvencia deberá realizarse antes de que el prestamista cumpla con sus deberes de información personalizada al prestatario (cf. arts. 10 LCC y 10 LCCI), pues ésta debe tener en cuenta la información proporcionada por el cliente y sus preferencias; y, en todo caso, antes de que el prestamista quede vinculado por su oferta[410]. Este deber de evaluación se amplía, además, respecto de los fiadores o garantes [cf. art. 18.2.b) OTP; art. 11.1 LCCI].

Además, el deber de evaluar la solvencia entraña una obligación de *reevaluación* con base en una información actualizada antes de modificar el contrato efectuando cualquier «aumento significativo»[411] del importe total del crédito (art. 14.2 LCC, art. 11.7 LCCI [412]), o cuando se produzcan otras modificaciones (*v. gr.* plazo de devolución,

[410] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 8.

[411] La doctrina ha señalado certeramente la imprecisión del precepto, que no da pautas sobre lo que debe ser considerado un aumento «significativo» (*vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2887).

[412] El art. 11.7 de la LCCI excepciona dicha obligación de *reevaluación* en los casos en que el aumento del importe («préstamo adicional») haya sido tenido en cuenta e incluido en la evaluación inicial de la solvencia previa a la suscripción del contrato.

depreciación de la garantía) que lo hagan aconsejable (Principio 10 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012)[413]. Esta obligación de reevaluación ha sido interpretada por la doctrina como una muestra de que la evaluación de la solvencia no persigue sólo evitar el impago del prestatario, sino también impedir que el crédito afecte significativamente a su situación financiera general[414].

Por lo demás, en caso de transmisión de un inmueble hipotecado que implique la subrogación por el comprador en la obligación personal de un préstamo inmobiliario, el prestamista deberá realizar la evaluación de la solvencia del comprador (D. A. 7ª LCCI).

Los deberes relativos a la evaluación de la solvencia tienen una doble dimensión: por un lado, frente a terceros, obligan en sus relaciones con cada uno de sus potenciales clientes en el marco de la contratación de préstamos o créditos; y, por otro lado, a nivel de organización interna, imponen a las entidades la obligación de contar con políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos a la clientela (cf. arts. 29.1 LES, 18 OTP y Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012)[415]. Como veremos más adelante[416], esta doble vertiente de obligaciones tiene su reflejo en las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, en el ámbito contractual y en el ámbito administrativo, respectivamente.

Según dispone –de forma escueta– la LCC, las entidades de crédito deberán tener en cuenta para la evaluación de la solvencia las normas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables de acuerdo con su normativa sectorial (cf. art. 14.1 *in fine* LCC). Tal y como señala el apartado 2 de la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012, para asegurar el cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia, las entidades deberán contar con políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos que integren los principios generales aplicables para la concesión

[413] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 215.

[414] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 8.

[415] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 230-231.

[416] *Vid.* Capítulo IV.

de préstamos responsables recogidos en el Anejo 6 de la Circular[417]. Dichos principios deberán ser respetados de forma proporcional, teniendo en cuenta el volumen de operaciones, sus características y complejidad, el importe y su importancia para el cliente, así como el grado de conocimiento de este atendiendo a la relación comercial que se haya mantenido con él a lo largo del tiempo (*vid.* Norma duodécima y Norma 12 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012)[418]; lo cual no significa que el contenido de la obligación de evaluar la solvencia sea flexible[419] –pues las operaciones de evaluación que debe realizar el prestamista están taxativamente previstas en la regulación–, sino que no será necesario que el prestamista solicite una información que ya posee con base en la relación establecida con dicho cliente[420]; teniendo en cuenta, además, que los procedimientos de evaluación de la solvencia deberán ser *aplicados* por las entidades y *entendidos* por sus clientes «de manera responsable» (cfr. Norma 12 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

Las prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en la memoria anual de actividades de la entidad (cf. art. 29.1 LES), y tanto éstas como su documentación justificativa y la acreditación de su aprobación por el Consejo de Administración –u órgano equivalente– de la entidad, deberán mantenerse debidamente actualizados y a disposición en todo momento del Banco de España (cf. apartado 2 de la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012). Por tanto, se trata de una materia sujeta a supervisión (y sanción). En particular, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicos para realizar la evaluación de solvencia (cf. art. 18.1 OTP; art. 11.2 LCCI), de los cuales deberán llevar a cabo revisiones periódicas y mantener registros actualizados de tales revisiones (cf. art.

[417] El precepto prevé su posible cumplimiento mediante la incorporación por parte de las entidades de dicha información en las políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos establecidas en el Anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, actualmente establecidas en el Anejo 9 de la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, que deroga la Circular 4/2004, de 22 de diciembre.

[418] La Autoridad Bancaria Europea ha reconocido la aplicación proporcionada de sus Directrices en materia de evaluación de la solvencia atendiendo al tamaño, naturaleza y complejidad de la operación de crédito, sin perjuicio de lo previsto en los arts. 18 y 20 de la DCI y el art. 8 de la DCC, y debiendo las entidades asegurarse de que dicha aplicación proporcional «no menoscabe el objetivo de protección de los consumidores» establecido en la DCC y la DCI (cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, pp. 6-7).

[419] Expresión equívoca utilizada por MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario", ob. cit.

[420] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario", ob. cit., p. 192.

18.1 OTP) para su supervisión por el Banco de España[421] (cf. art. 11.2 LCCI, en relación con el art. 43 LCCI)[422].

El coste de los procedimientos para realizar la evaluación de solvencia no podrá repercutirse en ningún caso al potencial prestatario (cf. art. 11.2 LCCI), independientemente del resultado de la evaluación y de si el cliente suscribe finalmente la financiación o no. En caso de no concederse el préstamo, no hay duda de que el prestamista no podrá trasladar al cliente el coste de la evaluación de la solvencia[423]; pero, en caso de concederse el préstamo, conviene aclarar que el prestamista tampoco puede integrar el coste de la evaluación de la solvencia en «la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo» que forman parte de la comisión de apertura que puede ser pactada de conformidad con el art. 14.4 de la LCCI[424]. Una interpretación contraria del art. 14.4 de la LCCI dejaría vacía de contenido la prohibición del art. 11.2 de la LCCI. Sin embargo, la LCCI debía haber previsto el deber del prestamista de desglosar los conceptos incluidos en la comisión de apertura para poder comprobar que entre ellos no se encuentra el coste de la evaluación de la solvencia, pues dicho desglose no resulta preceptivo cuando se integran en una única comisión de apertura (cf. Norma sexta.1 de la Circular BdE 5/2012).

El Pleno del TS, en su Sentencia 44/2019, de 23 de enero, ha reconocido que las operaciones necesarias para la concesión del préstamo, entre las que se encuentra la «recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración», «justifica que la normativa

[421] El art. 11.2 de la LCCI hace alusión a las autoridades competentes de cada Comunidad Autónoma para el caso de que el prestamista no sea una entidad de crédito, supuesto que excede el ámbito de nuestro estudio.

[422] Asimismo, el art. 18.3 de la LCCI señala que las entidades deberán reflejar por escrito sus procedimientos internos para la aplicación de las políticas de remuneración del personal responsable de la evaluación de la solvencia, incluyendo previsiones «detalladas y específicas» que aseguren que los incentivos u objetivos que afecten a la retribución son compatibles en todo momento con la dedicación de tiempo necesaria para una adecuada evaluación de la solvencia; lo cual se enmarca en la exigencia de que la política de oferta y comercialización de operaciones abarque la remuneración de las personas encargadas de la comercialización (cf. arts. 29.1 LES, 18 OTP y Norma 12 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

[423] Así lo sugería ÁLVAREZ OLALLA, P., en la línea de lo establecido en el art. 15.2 de la LCC para la consulta de ficheros de solvencia patrimonial en caso de denegarse la solicitud de crédito (*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas).

[424] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario", ob. cit., p. 193.

relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura», si bien «no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.» [425]. En contra de este criterio, entiendo que la supervisión del cumplimiento del art. 11.2 de la LCCI hace imprescindible que la entidad desglose los conceptos incluidos en la comisión de apertura, excluyendo de ellos los relativos a la evaluación de la solvencia[426]. En cualquier caso, la obligatoriedad de evaluar la solvencia era precisamente uno de los argumentos que se esgrimían en favor de la legitimidad para el cobro de la comisión de apertura[427], por lo que su exclusión del contenido de esta comisión pudiera llegar a dejarla sin causa.

A continuación, analizaremos las operaciones a las que está obligado el prestamista al evaluar la solvencia, de acuerdo con lo establecido en la LES y su normativa de desarrollo, y en la LCC y la LCCI respectivamente:

i. Recabar del prestatario información sobre su solvencia, exigiendo documentación adecuada para evaluar la variabilidad de sus ingresos [art. 18.2.a). 1º OTP], especificando de manera clara y directa la información necesaria –proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada– y las pruebas, comprobables independientemente, que el potencial prestatario deberá facilitar, así como el marco temporal en que debe facilitarla (art. 12.1 LCCI);

ii. Consultar el historial crediticio del prestatario a través de la CIRBE y ficheros de solvencia patrimonial y de crédito [art. 18.2.a). 2º OTP; art. 12.1 LCCI; en su caso, art. 14.1 LCC]; y

[425] La STS del Pleno, 44/2019, de 23 de enero (Roj: STS 102/2019 - ECLI:ES:TS:2019:102) estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por Bankia S.A. contra la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 4ª, de 20 de abril de 2018, que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la SJPI Nº 3 de Telde, de 19 de septiembre de 2017, que estimó parcialmente la demanda presentada contra la entidad y declaró nulas la cláusula suelo del préstamo hipotecario, la cláusula de interés de demora, y la cláusula de "gastos". La práctica de integrar la evaluación de la solvencia en la comisión de apertura ha sido también reconocida por la doctrina. Por todos, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La información sobre gastos y comisiones en los préstamos hipotecarios y la posible nulidad de las cláusulas que los imponen al consumidor", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 26, julio 2018, p. 118.

[426] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario", ob. cit., p. 192.

[427] *Vid.* GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: "A vueltas con la distribución de gastos en los préstamos hipotecarios", El Derecho. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 65, 2018.

iii. Analizar la información financiera del prestatario de acuerdo con los procedimientos internos establecidos por la entidad conforme al Anejo 6 de la Circular 5/2012 BdE[428].

Esta normativa debe interpretarse de acuerdo con las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre concesión y seguimiento de préstamos[429], adoptadas como propias por el Banco de España[430], pues la normativa sobre evaluación de la solvencia se enmarca «en el Derecho de la Unión Europea que parte de un esquema de ley-protocolo en el que la ley y su desarrollo reglamentario se completan por protocolos aprobados por las autoridades, espacio reglamentado que delimita el ámbito de la autonomía empresarial.»[431].

3. La obtención y tratamiento de la información para la evaluación de la solvencia

La obligación de evaluar la solvencia comprende el deber de recabar la información del prestatario, completar el análisis de los factores relevantes para verificar su capacidad y proclividad para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, calcular una prima de riesgo y obtener un resultado positivo o negativo del test[432].

La información que debe servir de base para evaluar la solvencia del prestatario debe ser suficiente, completa, pertinente, veraz y obtenida por medios adecuados a tal fin (cf, art. 29 LES, art. 18 OTP, Norma duodécima y Anejo 6 Circular BdE 5/2012, art. 14 LCC y arts. 11 y 12 LCCI), debiendo además ser precisa y actualizada[433].

La obtención de esta información por el prestamista implicará su recopilación a través del propio prestatario o de terceros, incluyendo las bases de datos de solvencia que legalmente estén disponibles; y su tratamiento deberá llevarse a cabo en el marco de la

[428] *Vid.* CUENA CASAS, M., quien incluye además la asignación de una prima de riesgo en función del resultado del análisis ("Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 4), lo que entiendo que estaría comprendido entre los procedimientos internos establecidos por la entidad para la gestión del riesgo de crédito.

[429] EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020.

[430] Cf. Acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España de 23 de julio de 2020 (*vid.* https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-06-ES.pdf).

[431] Cfr. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 8.

[432] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 4.

[433] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 25.

normativa sobre protección de datos personales[434]. Por ello, si bien esta normativa[435] excede el objeto de nuestro estudio, necesariamente haremos alusión a ella pues, como veremos, sus objetivos parecen colisionar en algunos aspectos con los de la normativa sobre préstamo responsable.

3.1. El deber de solicitar información al prestatario

La primera fuente de información del prestamista para la evaluación de la solvencia es el propio prestatario.

El art. 29.1 de la LES reconoce que la «información suficiente» sobre la cual el prestamista ha de basar la evaluación de la solvencia del prestatario «*podrá* incluir la facilitada por el solicitante». En desarrollo de esta previsión, el art. 18.1 de la OTP señala entre los «medios adecuados» para obtener dicha información suficiente «la información facilitada por el propio cliente *a solicitud de la entidad*».

En el ámbito de la normativa especial, la LCC establece en su art. 14.1 –prácticamente en los mismos términos que el art. 18.1 de la OTP– el deber del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario «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*». Por su parte, el art. 12 de la LCCI dispone –con más detalle– que el prestamista deberá indicar al potencial prestatario en la fase precontractual «de manera clara y directa» la información «proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia, con los límites establecidos en la normativa de protección de datos» y las pruebas «comprobables independientemente», así como el marco temporal en que debe facilitarla (cf. art. 12.1 LCCI); y deberá informarle de la necesidad, tanto de facilitar información correcta, suficientemente completa y pertinente para evaluar su solvencia adecuadamente, como de hacerlo en el plazo designado al efecto (cf. art. 12.2 LCCI).

[434] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 26.

[435] La normativa de protección de datos personales aplicable al tratamiento de la información financiera del prestatario para la evaluación de la solvencia se establece en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE L 119, 4.5.2016) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 06/12/2018).

De la lectura de los preceptos anteriores cabe concluir que la normativa de préstamo responsable establece el deber del prestamista de solicitar información al prestatario para la evaluación de su solvencia. En este sentido, la entidad debe adoptar una actitud activa[436] y solicitar la información que considera relevante siempre que sea pertinente para la evaluación de la solvencia.

Sin embargo, junto al deber del prestamista de recabar información del prestatario, la normativa señala un deber del prestatario de proporcionar esta información. Así lo señala la Circular BdE 5/2012 al disponer en el apartado 3 de su Norma duodécima que los principios generales señalados en el Anejo 6 «habrán de ser aplicados por las entidades y entendidos por sus clientes de una manera responsable, de modo que incumbe a estos el facilitar a aquellas una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito». El art. 12.3 de la LCCI va más allá al establecer que el prestamista deberá advertir al cliente de que, en caso de no ser posible la evaluación de su solvencia debido a su negativa a facilitar dicha información o la verificación necesaria, no podrá concederse el préstamo.

Este deber del prestatario de facilitar al prestamista la información solicitada ha sido interpretado como el deber de endeudarse responsablemente[437]. En efecto, el prestatario tiene el deber de proporcionar al prestamista información veraz y completa sobre su situación financiera y sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo para la evaluación de su solvencia. Es ahí

[436] *Vid.* MELERO BOSCH, L. V., quien señala al analizar el art. 14 de la LCC que «Se pone el acento, en nuestra opinión, en que la entidad de crédito debe tener una actitud activa en la búsqueda de información y no meramente pasiva como receptor de la información que le facilite el consumidor», lo que supone para esta autora una «novedad respecto de la Directiva [DCC]» (*vid.* "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.).

[437] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 5.

precisamente donde debe colocarse la medida de su responsabilidad, y no tanto en un deber abstracto de *prudencia* a la hora de solicitar crédito[438].

Por tanto, el deber de recabar información del prestatario por parte del prestamista, y el deber del prestatario de proporcionar dicha información constituyen las dos caras de la misma moneda del préstamo responsable. No así el deber del prestamista de «informar apropiadamente a sus clientes sobre las características de aquellos de sus productos que se adecuen a lo solicitado» (cf. Apartado 3 de la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012). Dicho deber se integra en las obligaciones de información que se enmarcan en el concepto amplio de préstamo responsable, pero no constituyen el deber correlativo de las entidades frente al de los clientes de proporcionar información. Los deberes correlativos de prestamista y prestatario son el de *solicitar información* y el de *proporcionar información*, respectivamente.

Más aun, el deber del prestamista no se limita a solicitar la información, sino que debe realizar las comprobaciones necesarias e indagaciones razonables para verificar la información y los datos recopilados[439]. El prestamista debe obtener la información de diversas fuentes[440], y no limitarse a solicitarla del propio prestatario. En este punto radica la importancia de que el prestamista consulte bases de datos de solvencia patrimonial, como veremos a continuación.

---

[438] *Vid.* MELERO BOSCH, L. V., quien señala que «[el prestatario] debió ser prudente en el momento de acceso al crédito y no dejarse llevar por la *sociedad del consumo*, sin calibrar adecuadamente en qué condiciones está para hacer frente a las obligaciones que se van a derivar, a medio plazo, de las deudas contraídas.» (en "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.). Precisamente, como señala más adelante esta misma autora, la imposición al prestamista de obligaciones de préstamo responsable se debe a que «en el negocio jurídico a perfeccionar la parte *profesional* es la entidad prestamista. De quien debe exigirse un comportamiento responsable en el ejercicio de su profesión es de éstas. […] Allí donde no llegan los poderes públicos, asegurando una correcta educación financiera al consumidor, deben llegar las entidades concedentes de crédito.»

[439] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 26.

[440] *Vid.* ÁLVAREZ LATA, N.: "Notas a la STJUE de 18 de diciembre 2014 (asunto c449/13, Ca Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr.&Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: Primeras interpretaciones del TJUE", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 13/2015, p. 252.

3.2. La consulta de bases de datos de solvencia patrimonial

3.2.1. Los sistemas de información crediticia

Para analizar adecuadamente la obligación del prestamista de consultar bases de datos para la evaluación de la solvencia del prestatario, conviene que nos detengamos a analizar los sistemas de información crediticia de los cuales dichas bases de datos constituyen el núcleo.

Los sistemas de información crediticia (SIC) constituyen el conjunto de instituciones, individuos, normas, procedimientos, estándares y tecnología que permiten el flujo de información relevante para la adopción de decisiones crediticias, y en cuyo núcleo, como decimos, se encuentran las bases de datos de información sobre deudores[441]: repositorios de datos relativos a obligaciones financieras asumidas por una persona física o jurídica.

En función del papel que juegan los participantes en el SIC[442] y, en particular, los distintos tipos de proveedores de servicios de información crediticia, podemos identificar diferentes modelos. Atendiendo a su objetivo principal, los proveedores de servicios de información crediticia se han clasificado típicamente en *private credit bureaus* (ficheros privados de solvencia, como los gestionados por Experian, Equifax o Trans Union) y *public credit registries* (como la Central de Información de Riesgos del Banco de España, en adelante "CIRBE")[443]; los primeros, con el objetivo de mejorar la calidad y disponibilidad de los datos para acreedores financieros y no financieros, y los segundos con el propósito de facilitar la supervisión de las autoridades a la vez que mejoran la calidad y disponibilidad de datos de solvencia para los intermediarios financieros

[441] *Vid*. WORLD BANK: General principles for credit reporting, Washington, DC, 2011, p. 7.

[442] Los participantes en el SIC son: (i) los sujetos –consumidores o empresas, personas físicas o jurídicas– de quienes se recaban los datos con o sin su consentimiento; (ii) los proveedores de datos, entidades públicas o privadas (e.j. bancos, emisores de tarjetas, empresas de suministros, etc.) que constituyen fuentes de información sobre los sujetos por sus relaciones comerciales; (iii) los usuarios de la información (ej.: prestamistas, entidades aseguradoras, arrendadores, empleadores, entidades supervisoras); y (iv) los proveedores de servicios de información crediticia (*credit reporting service providers*) que recaban la información de los proveedores de datos y la ordenan, validan y estandarizan con el fin de proporcionarla a los usuarios en un formato que resulte más eficiente para la evaluación del crédito (*vid.* WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011, pp. 8-11).

[443] No obstante, los términos "público" y "privado" para calificar a los registros de crédito y los ficheros de solvencia respectivamente no siempre resultan apropiados, ya que, como señala el Banco Mundial, algunos *bureaus* "privados" prestan apoyo a funciones públicas de supervisión e incluso pueden estar ostentados por el sector público, mientras que los registros de crédito "públicos" prestan servicios igualmente de interés para las actividades del sector privado (*vid.* WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011, p. 11).

supervisados. Otras características de los ficheros de solvencia son la recopilación de información de diversas fuentes, tanto entidades financieras como entidades no financieras (empresas de suministros, telecomunicaciones, etc.), por su proporción mediante informes a diferentes usuarios, y por operar conforme a un principio de reciprocidad, de manera que solo quienes aportan información pueden consultar el *credit bureau.* Por su parte, los registros de crédito, habitualmente operados por los propios supervisores, recogen información sobre préstamos y créditos otorgados por entidades supervisadas, de manera que se desprecian los datos de entidades no financieras y de aquellas operaciones que no sobrepasan cierto umbral que no se considera relevante[444]. Además, se caracteriza por la obligatoriedad en la comunicación de datos al registro por parte de las entidades. En cambio, el modelo privado de información crediticia se caracteriza por la aportación voluntaria de los datos[445].

Por lo que respecta a la información que recopilan, esta puede estar compuesta por datos de solvencia negativos o positivos. Los SIC de información negativa informan sobre impagos de obligaciones dinerarias, pagos en mora y procesos judiciales iniciados. Son los llamados «registros de morosos» o «*black lists*» como el registro ASNEF-Equifax. Por su parte, los SIC de información positiva o «*white lists*» albergan los datos negativos y también datos relativos a las obligaciones contraídas, cumplidas o pendientes de cumplimiento (tipos de cuentas, cuantías, saldos, tipos de interés, vencimientos, garantías prestadas, ratios de deudas, pagos en plazo, instituciones financieras, etc.)[446].

En España, el SIC es híbrido, de manera que coexisten los *bureaus* y el registro de la CIRBE.

El marco jurídico de la CIRBE se estableció en el capítulo IV de la Ley 44/2002, de 2 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero[447] (en adelante, Ley 44/2002), caracterizándola como un servicio público cuya finalidad es recabar de las entidades declarantes datos e informaciones sobre los riesgos de crédito con el objetivo de proporcionar a las entidades declarantes los datos necesarios para el ejercicio de su

[444] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, Washington, D.C., 2006, p. 18.

[445] *Vid.* WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011, pp. 11-13; CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 15-17.

[446] *Vid.* WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011, p. 16.

[447] BOE núm. 281, de 23/11/2002.

actividad, y permitir a las autoridades –en particular, al Banco de España–, el ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección en materia prudencial (cf. art. 59 Ley 44/2002).

Esta regulación ha sido desarrollada en la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos (en adelante, OCIR)[448], y por la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España (en adelante, Circular BdE 1/2013)[449].

Las entidades declarantes de la CIRBE son entidades supervisadas (entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de pagos, entidades de dinero electrónico, prestamistas inmobiliarios regulados en la LCCI, sociedades de garantía recíproca y sociedades de reafianzamiento), además de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA (Sareb), el Banco de España, el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) y la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (Saeca)[450]. Por tanto, no recaba datos de otra clase de entidades como empresas de suministros, telecomunicaciones y otra clase de proveedores de servicios, y tampoco de otros ámbitos de la financiación como las plataformas de financiación participativa de préstamos (*crowdlending*).

Con respecto a la información que puede ser declarada, la CIRBE gestiona información, tanto positiva como negativa[451], sobre operaciones (riesgos declarables) y sobre sus titulares (personas declarables).

Con respecto a los riesgos declarables a la CIRBE, se trata de operaciones instrumentadas en forma de préstamos, valores representativos de deuda, garantías financieras, compromisos de préstamo, otros compromisos con riesgo de crédito y préstamos de valores. Dichas operaciones deben ser declaradas a la CIRBE de manera individualizada (operación a operación), salvo en el caso de préstamos a plazo con finalidad de consumo cuyo importe al inicio de la operación no supere los 3.000 euros y su plazo original sea igual o inferior a 24 meses, operaciones de descuento (*factoring*) sin

[448] BOE núm. 67, de 18/03/2004.

[449] Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE núm. 130, de 31/05/2013).

[450] *Vid.* Norma primera de la Circular BdE 1/2013.

[451] *Vid.* Norma cuarta de la Circular BdE 1/2013.

recurso con límite acumulado por deudor no superior a 3.000 euros, tarjetas de crédito, descubiertos, anticipos de pensiones o nóminas, o resto de préstamos a la vista, cuando los titulares sean hogares, sociedades no financieras, o instituciones sin fines de lucro, no tengan otro tipo de operaciones declarables a la CIRBE, su riesgo acumulado en la entidad declarante sea inferior a 6.000 euros, y los importes en vigilancia especial o dudosos sea inferior a 100 euros[452].

Por su parte, son personas declarables a la CIRBE los titulares de riesgos –sean personas físicas o jurídicas, o incluso ciertas entidades sin personalidad jurídica–, y las personas relacionadas con ellos o con las operaciones en las que intervengan. Los titulares de riesgos deben declararse a la CIRBE de forma individualizada, cualquiera que sea el importe de su riesgo en la entidad declarante, excepto cuando sus operaciones no sean declarables, conforme a lo señalado anteriormente. No obstante, los datos de los titulares, incluidos los de sus operaciones, cuyo riesgo acumulado en la entidad declarante sea inferior a 1.000 euros se declaran exclusivamente con la finalidad de cumplimiento de las obligaciones de información al BdE en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección (cf. Letra a), apartado cuarto, art. 60 Ley 44/2002)[453]. A *sensu contrario*, los datos de los titulares, incluidos los de sus operaciones, cuyo riesgo acumulado en la entidad declarante sea superior a 1.000 euros se declaran con las finalidades, tanto de supervisión e inspección por el BdE, como de facilitarlos a las entidades declarantes para el ejercicio de su actividad (cf. Letras a) y b), apartado cuarto, art. 60 Ley 44/2002)[454]. Con esta previsión se mejora el sistema para que la CIRBE permita identificar los casos de sobreendeudamiento por microcréditos. Sin embargo, se trata de un problema que no se subsana completamente pues, como hemos visto, existen vías de financiación, como las plataformas de financiación participativa de préstamos (*crowdlending*) que no son

[452] *Vid.* Norma segunda de la Circular BdE 1/2013.

[453] *Vid.* Norma tercera de la Circular BdE 1/2013.

[454] *Vid.* Art. tercero de la ORCIR, en su redacción dada por el art. primero de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 203, de 27 de julio de 2020).

declarantes de la CIRBE, y que pueden favorecer un sobreendeudamiento opaco para el sistema[455].

La principal limitación de la CIRBE es que la información que en ella se contiene solamente está a disposición de las entidades declarantes y los intermediarios de crédito inmobiliario regulados en la LCCI[456], de modo que otros proveedores de financiación, como los comercios que permiten aplazamientos de pago o las plataformas de *crowdlending* no podrán conocer la situación financiera del prestatario.

Por su parte, el tratamiento de los datos por los *bureaus* de crédito se encuentra regulado en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Este precepto, sin embargo, solo alude a los «datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito», de manera que la actividad de los ficheros de solvencia queda restringida a la información negativa de solvencia.

La regulación anteriormente vigente prevista en el art. 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[457] aludía a los «datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias», lo que favorecía que un sector de la doctrina[458] realizase una interpretación literal y teleológica del precepto según la cual la excepción al requisito del consentimiento del afectado que permitía compartir datos de solvencia negativos pudiera resultar también aplicable a los datos de solvencia positivos. Con la nueva redacción del art. 20 de la LOPDGDD, a través de la cual se adapta el Derecho interno a la normativa europea

[455] Así lo ha alertado CUENA CASAS, M.: "Crowdlending, big data, redes sociales y riesgo de crédito: un cóctel potencialmente explosivo", *Hay Derecho*, 1 de octubre de 2018; «El "abandono" del consumidor en la financiación a través de plataformas. (A propósito de la futura derogación de la regulación española de crowdfunding)», *Hay Derecho*, 17 de enero de 2022.

[456] *Vid.* Norma decimosexta de la Circular BdE 1/2013.

[457] BOE núm. 298, de 14/12/1999.

[458] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", ob. cit., p. 17; MAS BADÍA, M. D.: "Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España: algunas cuestiones pendientes", PLAZA PENADÉS, J. / MARTINEZ VELENCOSO, L. M., *Nuevos retos jurídicos de la sociedad digital*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 187-262, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas; PASCUAL HUERTA, P.: "Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el derecho comparado", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

prevista en el Reglamento general de protección de datos[459], tal interpretación extensiva no es posible, de manera que la regulación cristaliza la interpretación restrictiva que venía manteniendo sobre este asunto el Tribunal Supremo[460] y la Agencia Española de Protección de Datos[461].

Por lo demás, la consulta de los datos contenidos en los *bureaus* se rige por un principio de reciprocidad, de manera que los ficheros solo podrán ser consultados por las entidades que aporten información.

En suma, la virtualidad de los *bureaus* de crédito en España para prevenir el sobreendeudamiento es sumamente limitada dada la normativa en materia de protección de datos que les resulta de aplicación.

Este modelo de SIC genera lagunas de protección como la que nos encontramos en el ámbito de la financiación en masa o *crowdlending*. Como hemos adelantado, las plataformas de financiación no tienen la obligación de comunicar los datos de los préstamos concedidos a la CIRBE, ni pueden acceder a los datos de solvencia incluidos en esta base de datos. Tampoco pueden contrastar la información aportada por el promotor de la financiación –prestatario– con los ficheros de solvencia patrimonial de *bureaus* privados (Experian, Equifax o Trans Union) atendiendo al criterio de reciprocidad bajo el que operan estos ficheros. En consecuencia, se genera un enorme

[459] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE L 119, 4.5.2016, pp. 1–88.

[460] *Vid.* STS 4047/2010 de 15 de julio (Roj: STS 4047/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4047), que estima parcialmente recurso contencioso administrativo interpuesto por Experian Bureau de Crédito, S.A., del Real Decreto 1720/07, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 17, de 19/01/2008), en la que se señala respecto, respecto de la interpretación del art. 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: « La lectura de dichos apartados permite concluir, en una interpretación lógico-sistemática de los mismos, que el apartado 1 se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento y que el apartado 2 hace mención a los ficheros negativos o de incumplimiento, como sin dificultad se infiere, pese a la referencia al "cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones" , de que se trata de datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés. Lo que no resulta admisible son los ficheros positivos prescindiendo del consentimiento del afectado.»; argumentación que fue reiterada en la STS 4050/2010 de 15 de julio de 2010 (Roj: STS 4050/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4050).

[461] *Vid.* Informe 0144/2012, de 19 de abril, de la Agencia Española de Protección de Datos (disponible en: https://www.aepd.es/documento/2012-0144.pdf). El criterio sostenido por la Agencia Española de Protección de Datos sobre los ficheros de solvencia positivos se expone extensamente en el Informe 028891/2019, de 19 de abril de 2021, de la Agencia Española de Protección de Datos (disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/2019-0081.pdf).

riesgo de que el promotor incurra en sobreendeudamiento y eventual insolvencia, y de que los inversores –prestamistas– vean su préstamo impagado[462].

El objetivo principal del SIC es paliar las consecuencias que tiene la información asimétrica en el mercado de crédito, pues el prestatario tiene más información que el prestamista sobre sus posibilidades de reembolsar el crédito[463], lo que ocasiona tres graves riesgos para el mercado: por una parte, el riesgo de «selección adversa», caracterizado por conceder financiación a deudores con más probabilidad de incurrir en incumplimientos, siendo además esta clase de deudores mucho más activos en la solicitud de financiación que aquellos con mayor probabilidad de cumplimiento; por otra parte, la posibilidad de que los deudores se beneficien de mayor financiación de la que pueden devolver en circunstancias normales o, al contrario, que los prestamistas estén dispuestos a prestar cuantías inferiores a las que los deudores podrían atender; y, finalmente, la posibilidad de que los prestatarios, que cuentan con más información que los prestamistas, actúen en «riesgo moral», endeudándose con distintos acreedores sin intención alguna de devolver la financiación al colocarse en una situación de sobreendeudamiento y eventual insolvencia[464].

A la vista de estos riesgos, en caso de falta de información crediticia, los prestamistas endurecerán las condiciones de acceso al crédito para buenos y malos pagadores, produciéndose un racionamiento de la financiación y un aumento generalizado del coste crediticio[465].

Por tanto, los SIC juegan un papel clave en el sistema financiero, pues limitan la selección adversa, acotan el nivel de riesgo agregado y, en este sentido, favorecen la estabilidad financiera[466]. Más aún, los SIC introducen disciplina en el mercado al convertir la reputación financiera en un activo –el mal pagador se ve sancionado por todas las entidades, mientras que el buen pagador se ve beneficiado igualmente por el conjunto

[462] *Vid*. CUENA CASAS, M.: Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 170.

[463] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 5.

[464] *Vid*. WORLD BANK: General principles for credit reporting, Washington, DC, 2011, p. 7.

[465] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 4.

[466] *Vid.* Preámbulo de la Circular BdE 1/2013.

de prestamistas–, lo que supone un estímulo al buen comportamiento crediticio y contribuye a la estabilidad del sistema financiero[467].

3.2.2. El deber de consulta de bases de datos

De conformidad con el art. 29.1 de la LES, la evaluación de la solvencia deberá llevarse a cabo «sobre la base de una información suficiente», que «*podrá* incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos».

La vaguedad de esta normativa se ha interpretado en ocasiones en el sentido de que la consulta de ficheros de solvencia resultaría potestativa para las entidades[468]. Bajo este prisma, considerando que la obligación principal de la entidad consistiría en disponer de «una información suficiente», la consulta de los ficheros de solvencia se trataría de «una medida de prudencia relevante» a los efectos de apreciar las consecuencias del incumplimiento del deber de evaluación, debiendo valorarse en cada caso si la información suministrada por el cliente es «una información suficiente» (en términos cuantitativos y cualitativos)[469].

Sin embargo, el art. 18 de la OTP contradice esta interpretación. En su apartado 1, establece que, con carácter previo a la celebración de cualquier contrato de crédito o préstamo, las entidades de crédito deberán evaluar la «capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo» con base en una «información suficiente obtenida por medios *adecuados* a tal fin»; y el apartado 2 del mismo artículo señala expresamente en la letra a) que, en el marco de los procedimientos para llevar a cabo el análisis de la solvencia, «*se consultará* el historial crediticio del cliente» para la «*adecuada evaluación* de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente», pudiendo acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (en adelante, CIRBE), así como a los sistemas de información crediticia a los que se refiere el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos

[467] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 6.

[468] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 219.

[469] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 220.

Personales y garantía de los derechos digitales[470] (en adelante, LOPDGDD)[471]. No se trataría, por tanto, de una consulta potestativa, sino obligatoria[472].

Por su parte, la normativa de carácter especial resulta dispar en este aspecto. La LCCI dispone que el prestamista «*deberá* consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, *así como* a alguna de las entidades privadas de información crediticia» y, en caso de que se conceda el préstamo, «*podrá* comunicar» a las oficinas privadas de información crediticia datos sobre el crédito (cfr. art. 12.1 LCCI). Aunque se trata de una regulación que en el Proyecto de ley se había dejado para el desarrollo reglamentario[473], finalmente la LCCI va más allá que la Directiva en la transposición de este aspecto, pues el art. 21 de la DCI se limita a establecer el deber de los Estados miembros de garantizar el acceso en condiciones no discriminatorias de los prestamistas de todos los Estados miembros a las bases de datos utilizadas otro Estado miembro con el fin de verificar que el prestatario «cumple con las obligaciones crediticias durante toda la vigencia del contrato de crédito». La DCI, por tanto, a diferencia de la LCCI, no establece la consulta obligatoria de bases de datos para la evaluación de la solvencia.

En cambio, la LCC señala que el prestamista deberá evaluar la solvencia del prestatario «sobre la base de una *información suficiente* obtenida por los *medios adecuados* a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor» y que, con igual finalidad, «*podrá* consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito» (art. 14.1 LCC) y comunicar a las entidades privadas de información crediticia los datos que correspondan en caso de conceder el crédito (cf. D.A. 12ª de la LCCI).

[470] BOE núm. 294, de 06/12/2018.

[471] Sobre la referencia expresa al art. 20 de la LOPDGDD insistió la Agencia Española de Protección de Datos en su informe 41/2020, relativo al Proyecto de Orden Ministerial de regulación del crédito revolvente respecto de la nueva redacción del art. 18 de la OTP, con el fin de aclarar que únicamente se refiere a los ficheros de solvencia negativos [*vid.* Informe 028891/2019, de 19 de abril de 2021, de la Agencia Española de Protección de Datos, p. 13 (disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/2019-0081.pdf)].

[472] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2885-2886.

[473] *Vid.* Disposición final undécima del Proyecto de LCCI que, en su apartado 1, habilitaba al Gobierno para el desarrollo reglamentario de las disposiciones relativas a la «obtención y documentación apropiada de datos relevantes del potencial prestatario, así como el acceso a bases de datos, garantizándose que se haga en condiciones de no discriminación» (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 17 de noviembre de 2017, Núm. 12-1, pág. 41).

Una interpretación literal de estos preceptos lleva a pensar que la consulta de bases de datos de solvencia resulta potestativa en el ámbito del crédito al consumo y preceptiva en el ámbito del crédito hipotecario. Esta conclusión resultaría coherente con el Considerando 22 de la DCI, según el cual «resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia [en relación con el crédito inmobiliario] sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo».

Por otra parte, a la misma conclusión se llega al analizar la evolución que el tratamiento de esta cuestión ha tenido en la Unión Europea hasta llegar al vigente texto de la DCC, transpuesto a través de la LCC. Así, la propuesta inicial de Directiva planteaba no sólo la necesidad de establecer la obligada consulta de bases de datos de solvencia, sino incluso la creación de bases de datos centralizadas:

> «*Artículo 8 (base de datos centralizada)*
>
> Conviene evitar, por el bien general, un endeudamiento excesivo, tanto del consumidor como del avalista. La creación de bases de datos centralizadas puede resolver en parte esta problemática, dado que el prestamista podrá ser responsabilizado con sanciones civiles o comerciales si, con la información de que disponía, razonablemente no debía haber concedido un crédito. […]
>
> La noción de «préstamo responsable», tal como se contempla en el artículo 9, implica que el prestamista tiene la obligación de consultar la base de datos centralizada antes de que el consumidor suscriba un crédito o que un avalista tenga que intervenir para garantizar el reembolso del mismo. Es evidente que la consulta de esta base no es sino una primera indicación para el prestamista, que debe completarla con otras medidas descritas en el artículo 9. No obstante, para mayor transparencia, se considera útil que el prestamista comunique al consumidor, a petición de éste, el resultado de la consulta de la base de datos centralizada. Ello permitiría al consumidor y al avalista exigir, en su caso, que el gestor del fichero lleve a cabo las rectificaciones oportunas. […]
>
> Los datos personales sólo pueden conservarse el tiempo necesario para la apreciación del riesgo y han de destruirse inmediatamente después de la suscripción del contrato de crédito o de garantía o del rechazo de la solicitud de crédito. El gestor del fichero de la base de datos centralizada puede, no obstante, conservar una copia de la consulta y transmitirla en caso necesario al interesado o al tribunal si, por ejemplo, se invocara o negara la responsabilidad del prestamista de acuerdo con las disposiciones que regulan el «préstamo responsable».»[474]

[474] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 210.

A pesar del dictamen favorable del CESE[475], este precepto fue modificado por el Parlamento Europeo, que sustituyó el deber de crear una base de datos centralizada por la utilización de bases de datos públicas o privadas[476], y eliminó el deber de consulta de bases de datos con carácter previo a la concesión del préstamo, garantizando solamente el acceso a las mismas en condiciones no discriminatorias y el derecho del consumidor a conocer el resultado de la consulta. Así lo recogió la versión revisada de la propuesta de Directiva[477] que, en el nuevo art. 5, disponía que «el prestamista y, cuando proceda, el intermediario de crédito, cumplirán sus obligaciones en lo que se refiere a […] examinar la solvencia del consumidor sobre la base de la información precisa facilitada por éste y,

[475] Sobre este particular, el CESE señaló: «La Directiva debe establecer con claridad las consecuencias de no consultar y no tomar en consideración los datos que figuran en la base, en términos de responsabilidad del prestamista, como forma de garantizar la efectividad de la obligación de consulta. […] La obligación de facilitar al consumidor el resultado de la consulta deberá complementarse con el derecho de rectificación del consumidor, debidamente tutelado por una sanción adecuada en caso de incumplimiento. […] La destrucción inmediata y automática de los datos recogidos puede impedir la definición del perfil de la clientela e imposibilitar el asesoramiento sobre los productos más adecuados.» [cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 7].

[476] El Parlamento Europeo justificó esta modificación en los siguientes términos: «No se justifica la obligación de que los Estados miembros creen otras bases de datos centralizadas cuando ya exista un marco de bases de datos, y ello entrañaría para los consumidores unos costes adicionales en lugar de reportarles beneficios. Se pasa por alto la existencia en los Estados miembros de infraestructuras públicas o privadas para compartir datos o referenciar créditos que son fiables y apropiadas. Si funciona más de una base de datos, los consumidores se benefician de la competencia en términos de precios, calidad y exactitud de los datos, eficacia de los servicios y desarrollo de nuevos servicios.» [cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)), Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), p. 114].

[477] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 15, modificación del antiguo Considerando 12 (Considerando 21 en su nueva redacción); y p. 29, modificación del art. 8. Según la Comisión, esta regulación «no implica costes adicionales para el sector, como en el caso de la disposición anterior, sino que, por el contrario, contribuirá a reducir una de las barreras que entorpecen el crédito transfronterizo al consumo.» (cfr. Exposición de Motivos, *ibidem*, p. 7).

en su caso, de la consulta de las bases de datos pertinentes»[478]. Como ya se ha señalado, la Comisión no disimuló la influencia del *lobby* bancario en esta modificación[479].

El texto de la DCC finalmente adoptado no se separó de este criterio: estableció que los Estados miembros velarán por que el prestamista evalúe la solvencia del consumidor «sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor *y, cuando proceda*, basándose en la consulta de la base de datos pertinente» (art. 8.1 DCC), y que aquellos Estados cuya legislación exija la consulta de la base de datos pertinente para la evaluación de la solvencia «deben poder mantener esta obligación»; y garantizó el acceso a las bases de datos en condiciones no discriminatorias entre los Estados miembros (art. 9.1 DCC)[480].

De este modo, frente al criterio inicialmente sostenido por la Comisión de establecer la obligatoria consulta por parte del prestamista de bases de datos para la evaluación de la solvencia del prestatario, finalmente la DCC se limitó a facilitar dicha consulta potestativa. Así se transpuso en los arts. 14.1 y 15 de la LCC[481]; y, aunque se propuso la

[478] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 25.

[479] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], pp. 6-7. *Vid.* Capítulo I, epígrafe 2.

[480] En el marco de la evaluación de la DCC, se ha reconocido que una de las razones que obstaculiza la consecución de los objetivos de la evaluación de la solvencia prevista en la DCC es la falta de concreción de los datos necesarios para llevar a cabo la evaluación: «It does not specify the categories of data that should be considered when conducting a creditworthiness assessment. This has led to the use of personal data by some data controllers (credit lenders, credit bureaus) which may not be necessary and proportionate to the purpose of conducting a creditworthiness assessment. Moreover, a majority of Member States established further requirements, establishing the minimum information to be taken into account or setting out formulas e.g. debt-to-income. » [cfr. EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], p. 17].

[481] Art. 15 LCC: «1. Los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito están sometidos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a las normas que la desarrollan y a lo establecido en este artículo.

2. Si la denegación de una solicitud de crédito se basa en la consulta de un fichero, el prestamista deberá informar al consumidor inmediata y gratuitamente de los resultados de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.

3. La información a que se refiere el apartado anterior no se facilitará al consumidor en los supuestos en que una ley o una norma de la Unión Europea de aplicación directa así lo prevea, o sea contrario a objetivos de orden público o de seguridad pública.

4. Los responsables de los ficheros a que se refiere este artículo deberán facilitar a los prestamistas de los demás Estados miembros de la Unión Europea el acceso a las bases de datos para la evaluación de

reforma de estos preceptos con motivo de la adopción de la LCCI para unificar la regulación, la propuesta no prosperó[482]. Sorprendentemente, tampoco la Propuesta de DCC 2021 prevé esta unificación[483].

Por tanto, nos encontramos con una normativa general tuitiva del cliente bancario que prevé la consulta obligatoria de bases de datos para la evaluación de su solvencia; una normativa de carácter especial en materia hipotecaria que protege a todo prestatario persona física y establece igualmente la consulta preceptiva de bases de datos de solvencia; y una normativa prevista para la protección del prestatario consumidor que reconoce la consulta facultativa de bases de datos para la evaluación de su solvencia.

Así configurada, la regulación de la consulta de bases de datos para la evaluación de la solvencia se opone a la más elemental lógica jurídica: que una norma de desarrollo como la OTP de un precepto de carácter general (art. 29 de la LES) brinde una mayor protección a los clientes personas físicas –consumidores o no[484]– que una norma especial tuitiva de los consumidores como es el art. 14 de la LCC, resulta sencillamente incongruente. Precisamente, el objetivo de proporcionar un nivel elevado de protección de los consumidores para garantizar su confianza queda expresamente recogido en la DCC (Considerandos 8, 9, 23, 43) y en el preámbulo de la LCC.

---

la solvencia de los consumidores, en condiciones no discriminatorias respecto de los prestamistas españoles.»

[482] La Enmienda núm. 203 del Grupo Parlamentario Ciudadanos planteaba la modificación del art. 14 de la LCC a través de la adición de una Disposición final en la LCCI. El tenor propuesto señalaba que el prestamista «Con igual finalidad *deberá* consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere la Ley Orgánica 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.»; y que «Si el prestamista procede a la concesión del préstamo, *deberá comunicar* los siguientes datos a las oficinas privadas de información crediticia: importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que éstas alcanzan.». De este modo, se planteaba la unificación del régimen de consulta obligatoria de bases de datos, en la línea de la Enmienda núm. 187 del Proyecto de LCCI, cuyo contenido quedó recogido en el vigente art. 12 de la LCCI (*vid.* Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, pp. 277; 298-299).

[483] El art. 18.9 de la Propuesta de DCC 2021 establece: «Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas o los proveedores de servicios de crédito de financiación participativa evalúen la solvencia de los consumidores sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 55].

[484] No obstante, conviene recordar que tanto el art. 2.4 de la OTP como la Norma segunda de la Circular BdE 5/2012 permiten excluir la aplicación total o parcial del contenido de ambos textos normativos por *acuerdo entre las partes* cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, lo que permitiría a las entidades excluir la consulta obligatoria de bases de datos para la evaluación de la solvencia de sus clientes personas físicas empresarios o profesionales. Nos remitimos a la crítica ya vertida en otro lugar sobre este precepto (*vid.* Capítulo II, epígrafe 1.2).

Por otra parte, esta regulación tiene graves consecuencias en materia de responsabilidad, tal y como reconocía la propuesta de DCC y certeramente señalaba el CESE[485]. Como es obvio, el mero acceso a las bases de datos de solvencia en condiciones no discriminatorias no basta para incentivar una consulta que resulta potestativa; las entidades preferirán recabar la información del propio cliente antes que acudir a la consulta de ficheros de solvencia ya que, en caso de que el potencial prestatario omita información, la exigencia de responsabilidad a la entidad por un eventual préstamo irresponsable quedaría limitada[486].

Por lo demás, resulta llamativo lo establecido en el apartado 3 de la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012, que señala que la obligación de evaluar la solvencia deberá cumplirse por las entidades y entenderse por los clientes «de una manera responsable», lo que supone –según indica– que cada parte debe dar cumplimiento a las tareas que a ella le «incumben»: a los clientes, facilitar «una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito»; y, a las entidades, «informar apropiadamente a sus clientes sobre las características de aquellos de sus productos que se adecuen a lo solicitado», de manera que se permita a los clientes «la necesaria reflexión, comparación y adopción de una decisión fundada, racional y prudente». Así, frente al deber que *incumbe* al cliente de facilitar «una información completa y veraz», se impone a la entidad el deber de «informar apropiadamente a sus clientes», de forma que puedan adoptar «una decisión fundada, racional y prudente». Nada se dice de la obligación de las entidades de agotar las fuentes de información, consultando los ficheros de solvencia legalmente disponibles para tomar una *decisión fundada, racional y prudente* sobre la concesión del crédito[487]. De este modo, la Circular

[485] *Vid. Supra.*, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 210; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 7.

[486] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", ob. cit., p. 6.

[487] En este sentido, afirma GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «El deber de diligencia que se impone a las entidades de crédito exige que agoten las fuentes de información, consultando los ficheros de solvencia legalmente disponibles» [cfr. "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 237].

BdE 5/2012 ignora la previsión del apartado segundo del art. 18.2.a) de la OTP, y traslada al cliente la responsabilidad en el préstamo.

Finalmente, resulta oportuno traer a colación el Considerando 20 de la DCI, que reconoce que, con el fin de «garantizar a los consumidores un marco uniforme en materia de crédito y de reducir al mínimo las cargas administrativas de los prestamistas», conviene que la DCI siga las pautas de la DCC «y concretamente recoja los preceptos conforme a los cuales es preciso […] que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor antes de conceder un crédito». En este sentido, resulta contrario a este espíritu unificador y simplificador de las divergencias administrativas que en materia de crédito al consumo los prestamistas no tengan la obligación de consultar bases de datos de solvencia y, en cambio, sí la tengan en materia de crédito hipotecario. La revisión de la DCC habría sido la ocasión idónea para solventar esta divergencia, y este parece ser el planteamiento de la Propuesta de DCC 2021, a la vista de que su Considerando 49 reconoce que «Para evaluar la situación crediticia de un consumidor, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa también deben consultar las bases de datos sobre créditos.». Sin embargo, la dicción del art. 18.2 no refleja este criterio con nitidez[488].

Por todo ello, una interpretación lógica, teleológica y sistemática de las obligaciones de evaluación de la solvencia exige considerar que la consulta de bases de datos de solvencia resulta preceptiva en todo caso, tanto para crédito al consumo, como para crédito hipotecario. En este sentido, siendo mayor la protección que brinda al consumidor, el art. 18 de la OTP resultará de aplicación a los contratos con consumidores en lo previsto para la consulta de bases de datos, desplazando la norma general a la norma especial.

Aclarado el carácter obligatorio de la consulta de bases de datos, entiendo que la misma deberá llevarse a cabo tanto para la evaluación de la solvencia como para la eventual *reevaluación* prevista en los arts. 14.2 de la LCC y 11.7 de la LCCI, y en el Principio 10 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012. Más aun, el Considerando 59 de la

[488] El art. 18.2 de la Propuesta de DCC 2021 establece: «La evaluación de solvencia se llevará a cabo sobre la base de información pertinente y exacta sobre los ingresos y gastos del consumidor y otras circunstancias financieras y económicas que sean necesarias y proporcionadas, como pruebas de ingresos u otras fuentes de reembolso, información sobre activos y pasivos financieros, o información sobre otros compromisos financieros. La información se obtendrá a partir de la fuentes internas o externas pertinentes, incluido el consumidor, y, en caso necesario, se recurrirá a la consulta de una base de datos de las mencionadas en el artículo 19.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 54].

DCI reconoce que «Es preciso que los prestamistas puedan consultar la base de datos de crédito durante la vigencia del crédito, únicamente para determinar y calibrar la probabilidad de impago», en orden a «la determinación y resolución tempranas de las crisis de crédito en beneficio del consumidor, y no para sustentar la negociación comercial»[489].

3.2.3. El acceso a datos positivos de solvencia como condición necesaria para el préstamo responsable

A pesar de lo bienintencionado de la regulación que hemos analizado, como ha señalado el FSB, la efectividad de los SIC como herramienta útil para evaluar la capacidad de pago del prestatario depende de la calidad de la información que en ellos se recoge[490]. En este sentido, conviene que llamemos la atención sobre la importancia de contar con datos de solvencia positivos del cliente para poder evaluar de manera completa su capacidad y proclividad de pago.

La buena gestión del riesgo de crédito depende en gran medida de la información de que se disponga en los procesos de toma de decisiones[491]. No basta contar con información que permita valorar la capacidad del deudor para cumplir con sus obligaciones, sino que conviene tener datos que permitan valorar la proclividad de pago del deudor a lo largo de su historial crediticio[492].

Los SIC de información negativa previenen la actuación del prestatario en riesgo moral, pues sancionan al deudor moroso por el conjunto del mercado al considerarlo de alto riesgo, pero su virtualidad es limitada, pues no informan del sobreendeudamiento del

[489] Con mayor claridad, el Considerando 27 de la propuesta de DCI señalaba que cuando «tal probabilidad sea evidente o pueda demostrarse objetivamente, resulta oportuno que el prestamista se dirija al consumidor para examinar las distintas opciones que permitan evitar la posibilidad de impago, como, por ejemplo, una renegociación del préstamo», de modo que «el prestamista no debe contemplar la cancelación del crédito sin haber examinado previamente con el consumidor las distintas alternativas existentes para evitar el impago.» [cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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)], Considerando 27, p. 22].

[490] *Vid*. FINANCIAL STABILITY BOARD: *Consumer Finance Protection with particular focus on credit*, 26 October 2011, p. 13.

[491] *Vid.* BALBUENA RIVERA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., p. 146.

[492] *Vid*. FINANCIAL STABILITY BOARD: *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*, April 2012, p. 2.

prestatario[493]. En este sentido, hay que tener en cuenta que la información negativa está basada en la ocurrencia de eventos adversos (e.j. impagos). Un SIC basado únicamente en este tipo de información no contará con dato alguno sobre aquellos deudores que no hayan tenido esta clase de eventos; o, dicho de otra manera, los deudores cumplidores serán deudores sin historial crediticio[494]. Además, se dificulta el acceso al mercado a los emprendedores con poco patrimonio, pues si el prestamista solo puede evaluar la capacidad de pago y carece de datos para analizar el comportamiento crediticio y el nivel de endeudamiento, exigirá más garantías (reales y personales)[495].

Frente a ellos, los SIC de información positiva proporcionan una imagen completa del perfil de riesgo del potencial cliente, pues tienen en cuenta los préstamos asumidos por entidades no financieras y por particulares inscritos en la base de datos[496]. De esta forma, permiten realizar una evaluación del potencial prestatario más certera, lo que se asocia a una menor prestación de financiación a malos pagadores, además de permitir la integración financiera de aquellos individuos que cuentan con escasa experiencia crediticia, o que han incurrido en incumplimientos aislados –eventualmente debidos a circunstancias fortuitas–, pero tienen un comportamiento crediticio actual intachable[497]. En este sentido, en los SIC de información positiva el comportamiento positivo presente tiene más peso que el comportamiento negativo pasado en el cálculo de la calificación crediticia, de manera que se incentiva el buen comportamiento[498].

Por tanto, la información positiva ofrece a los prestamistas una imagen mucho más completa, no sólo sobre el nivel de endeudamiento del deudor, sino sobre su comportamiento contractual, lo que hace posible que identifiquen a los deudores con un consumo responsable y un buen comportamiento crediticio, de manera que no sólo se

[493] *Vid.* WORLD BANK: Good practices - Credit Information, Getting Credit, *Doing Business*, 2020 (disponible en: https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/getting-credit/good-practices; última consulta: 13 de septiembre de 2021); CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 13; 30.

[494] *Vid.* WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011, p. 16.

[495] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 5; CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 25.

[496] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 19.

[497] *Vid.* WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011, p. 16.

[498] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito ob. cit., p. 49.

penalice al incumplidor, sino que se premie al cumplidor[499]. En definitiva, la información positiva permite no solo evaluar la capacidad de pago del prestatario sino también la proclividad de pago.

Por estos motivos, el Banco Mundial considera que uno de los principios generales que debe orientar la formación de un SIC sólido y eficiente es que la información con la que cuentan incluya datos positivos[500].

Sin acceso a la información positiva, la evaluación completa de la solvencia del cliente se torna sencillamente imposible. El prestamista carecerá de datos suficientes para conocer el comportamiento crediticio del deudor, por lo que contratará con ciertos clientes ya sobreendeudados y potencialmente insolventes –incurriendo en selección adversa–, y se verá obligado a propagar a todos los clientes el aumento del coste de crédito correspondiente a la probabilidad de incumplimiento de algunos de ellos que no puede determinar con exactitud[501]. En este punto es donde se percibe la virtualidad de la previsión contenida en apartado 3 de la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012, a través de la cual –como hemos adelantado– se traslada al cliente parte de la responsabilidad en el préstamo. En caso de que el cliente no facilite una información completa sobre su pasivo con otras entidades, el prestamista quedará exonerado de la responsabilidad por el crédito irresponsable.

A este respecto, resulta reveladora la STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006 que, al resolver una cuestión prejudicial sobre los efectos de los acuerdos de intercambio de información entre entidades financieras sobre la situación de solvencia de sus clientes para analizar la incidencia de estos en la competencia del mercado común del crédito, señala:

> «En efecto, tal como indicó sustancialmente el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá necesariamente incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de

[499] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 13-14.

[500] *Vid*. WORLD BANK: General principles for credit reporting, Washington, DC, 2011, p. 25.

[501] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", ob. cit., p. 2. En esta líea, *vid.* MAS-GUINDAL GARCÍA, J.: "Reintegración concursal, subordinación y préstamo irresponsable", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº 180, 2016, p. 74.

incumplimiento, con la consecuencia de que estos últimos habrán de soportar entonces un coste más elevado que si las referidas entidades estuvieran en condiciones de evaluar con mayor precisión la probabilidad de devolución de los créditos. En principio, registros como el mencionado anteriormente pueden atenuar tal tendencia.»[502]

Así, ante la falta de información positiva que les permita distinguir entre buenos y malos pagadores, las entidades tienden, por una parte, a aumentar las denegaciones de solicitudes presentadas por buenos pagadores y, por otra parte, a aumentar el coste de crédito de manera generalizada, pues integrarán en el cálculo el alto riesgo de morosidad[503], lo que supone sancionar por igual a los clientes al margen de su prima de riesgo al fijar el tipo de interés sobre la base de promedios[504]. Como consecuencia, se tiende a excluir del mercado a los prestatarios con menos riesgo, pues son clientes con menos predisposición a pagar tipos de interés altos[505]. Por ello, se ha señalado certeramente que, cuando en un SIC se comparte información positiva además de negativa con una participación significativa de los prestamistas, se presta más y mejor[506].

La Circular BdE 1/2013 proclama la importancia de contar con ficheros de solvencia positivos y no solo negativos para analizar la solvencia de los prestatarios:

«La actividad de facilitar datos a las entidades de crédito para analizar la capacidad de cumplimiento de las obligaciones de sus clientes actuales y potenciales, que constituye una función muy relevante de la CIR desde su creación en 1962, también se realiza por los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. La actividad de la CIR en esta materia es complementaria a la de dichos ficheros para garantizar la concurrencia de entidades de naturaleza privada que regula el artículo 69 de la Ley

[502] Cfr. Apartado 55 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, en el asunto C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Administración del Estado, contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) [ECLI:EU:C:2006:734], que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 81 CE planteada por el Tribunal Supremo en el marco de un litigio entre Asnef-Equifax y Administración del Estado, por un lado, y Ausbanc, por otro, en relación con un sistema de intercambio de información entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes.

[503] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 31.

[504] *Vid.* MONTES, F.: "Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[505] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 26.

[506] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 24; CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: "La inclusión de información positiva también permite a los bancos y a otros prestamistas prestar más u otorgar más crédito sin dejar de mantener las tasas de incumplimiento en el mismo nivel." (*Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 13).

44/2002. Por ello, las entidades de crédito, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, sobre acceso al «historial crediticio del cliente», antes de conceder un crédito deben tener en cuenta que los ficheros de solvencia patrimonial y crédito facilitan información adicional a la de CIR. A fin de que esta información sea realmente útil para el análisis de la capacidad de pago de una persona, además de facilitar datos de los incumplimientos del cliente (ficheros negativos), debería contener datos de su endeudamiento (ficheros positivos).»[507]

Así, la Circular BdE 1/2013 invita a las entidades a que promuevan activamente la aportación de información crediticia positiva de sus clientes a los ficheros privados a los que estén adscritas.»[508].

Sin embargo, las entidades se muestran reticentes a compartir datos positivos de solvencia pues, en un mercado de crédito concentrado –como es el caso del mercado financiero español– si todas las entidades cuentan con la misma información sobre los clientes, todas pueden mejorar sus ofertas, con el riego de que las entidades dominantes pierdan su posición en el mercado[509].

Por otra parte, los clientes sienten aversión a una circulación más profusa de sus datos de solvencia, por el riesgo que ello entraña para su privacidad y por la exclusión financiera que la falta de historial crediticio puede conllevar; a pesar de que la falta de acceso a información positiva compromete en mayor medida la privacidad, pues las entidades solicitan a los clientes que entreguen los movimientos de cuenta corriente en los que aparece el concepto del gasto realizado[510]. Por otra parte, el beneficio que reporta a los consumidores que los prestamistas cuenten con información positiva sobre su

[507] Cfr. Preámbulo de la Circular BdE 1/2013.

[508] *Vid.* BALBUENA RIVERA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., p. 142.

[509] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 57; CUENA CASAS, M.: "Efectivamente, cuando unos bancos tienen muchos más clientes que otros, las entidades de mayor dimensión no tienen interés en compartir datos porque aportan más de los que reciben luego su incentivo es negativo. Cuanta más información pueda aportar una entidad, menos incentivo tiene a hacerlo en la medida que los rendimientos que obtendrían por el aumento de competencia y captación de nuevos clientes son inferiores a las rentas que perciben por el uso excluso de la información de su base de datos. Si las entidades no comparten datos se favorece la asimetría informativa que incita a la concentración bancaria entrándose en un círculo vicioso por lo que en un mercado en estas condiciones es difícil implantar un SIC con datos positivos, salvo que se imponga con carácter obligatorio la obligación de compartir información algo que ya sucede cuando se trata de registros públicos y en algunos países cuando se trata de compartir a bureaus privados." (en "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 38). En el mismo sentido, *vid.* LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, ob. cit., p. 288.

[510] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 9-10, 39.

solvencia se reconoce en el mismo derecho que tiene el consumidor a que los prestamistas que tienen información sobre su comportamiento crediticio la revelen a cualquier otro prestamista con el que desee contratar[511]: los prestatarios pueden, de esta forma, beneficiarse de mejores tipos de interés al ajustar el prestamista el coste de crédito a su prima de riesgo real; y, además, se les facilita acceder a mejores ofertas de productos crediticios ya que la competencia entre prestamistas aumenta en beneficio de los clientes. La restricción en el acceso a la información positiva solo beneficia a las entidades dominantes, provocando un aumento generalizado del coste crediticio y favoreciendo la exclusión financiera y el préstamo de alto riesgo[512].

La LCCI ha favorecido –aunque ligeramente– la aportación de información positiva a los ficheros de solvencia privados, estableciendo en su art. 12.1 que el prestamista *podrá* comunicar el importe original, las fechas de inicio y de vencimiento, los importes pendientes de pago, el tipo de préstamo, las garantías existentes y el valor al que estas alcanzan (así como otros conceptos que eventualmente establezca el Ministerio de Economía y Empresa en desarrollo de este precepto); y ha hecho extensible esta potestad en relación con los contratos de crédito al consumo regulados en la LCC (cf. D.A. 12ª LCCI).

Además, en línea con lo previsto en el Considerando 60 y el art. 21 de la DCI, el Banco de España ha modificado la Circular BdE 1/2013 a través de la Circular 1/2020,

[511] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: "Los bancos suelen usar sus disposiciones de secreto bancario y confidencialidad como una excusa para no compartir información. Por lo general, están dispuestos a ofrecer datos sobre préstamos relativos a incumplimientos de pago, pero no sobre información positiva. Sin embargo, esta negativa a compartir información positiva obstaculiza la competencia y no permite que un buen consumidor aproveche sus buenos antecedentes crediticios a fin de obtener mejores condiciones de préstamo. El consumidor tiene derecho a que la información que posea un prestamista relativa a su comportamiento de pago sea revelada a cualquier otro prestamista con el que desee obtener un crédito. La legislación debería permitir que los sistemas de información crediticia faciliten el intercambio de información y, al mismo tiempo, garanticen la seguridad de los datos y la protección de los derechos de las personas de quien proceden dichos datos." (en *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 4).

[512] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 36-39. Como ha señalado el CESE, «cabe destacar que los colectivos vulnerables están «mal endeudados», puesto que no tienen acceso a todas las formas de crédito a causa de su falta de solvencia. Optan por fórmulas que resultan ser las más costosas, como los créditos en efectivo, a menudo vinculados a tarjetas facilitadas por diferentes canales y con tipos muy elevados.» [cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio), (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, p. 40]. En esta línea, LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, ob. cit., p. 294-296.

de 28 de enero[513], extendiendo a todos los prestamistas inmobiliarios la obligación de declarar a la CIRBE (cf. Norma primera de la Circular BdE 1/2013) y facilitando a los intermediarios de crédito inmobiliario el acceso a los informes sobre los riesgos de las personas físicas y jurídicas registrados en la CIRBE en igualdad de condiciones que las entidades declarantes (cf. Norma decimosexta de la Circular BdE 1/2013). Esta posibilidad de consulta de la CIRBE por los intermediarios resulta coherente con el criterio legal de que los intermediarios asumen el deber de obtener del cliente la información necesaria para que el prestamista evalúe la solvencia, (*vid.* art. 35.5 de la LCCI)[514].

Por todo ello, dada la aversión que las entidades tienen a comportar datos de forma voluntaria, el cambio debe venir promovido por el legislador. Nos sumamos a la doctrina que propone el establecimiento en España de un SIC público positivo que incluya los datos que obtienen en la actualidad los bureaus privados; o bien un sistema mixto (público y privado) en el que se garantice la seguridad en materia de protección de datos personales a través de una regulación que favorezca el funcionamiento de los *bureaus* privados con los debidos controles para que no compartan información con sujetos no autorizados y adopten las medidas oportunas para garantizar la certeza de los datos[515].

En definitiva, los SIC de información positiva previenen el sobreendeudamiento activo[516], pues permiten identificar a los deudores sobreendeudados que aún no han incumplido y que pasan desapercibidos en los SIC de información negativa[517]; y

[513] BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2020.

[514] *Vid*. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., pp. 14-15.

[515] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 16, 21. También TRUJILLO DÍEZ, I. J. señala que, dado que la CIRBE es un registro positivo, España no necesitaría emprender reformas innovadoras, sino «promocionar la eficiencia del CIR, ampliando el elenco de los datos que son objeto de registro y de las entidades que pueden beneficiarse de su consulta.» (cfr. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., p. 55).

[516] *Vid.* Apartado 67 de la STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, en el asunto C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Administración del Estado, contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) [ECLI:EU:C:2006:734]; REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 67.

[517] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 31, 47.

favorecen el préstamo responsable[518], pues permiten evaluar no sólo la capacidad de pago del cliente, sino también su proclividad de pago mediante un juicio de probabilidades con base en su comportamiento crediticio pasado y presente.

Como se ha dicho, el comportamiento pasado es el mejor predictor del comportamiento futuro[519], y son los SIC que ofrecen información crediticia positiva y negativa, de prestamistas bancarios y no bancarios, los que posibilitan en mayor medida esta predicción sobre el comportamiento crediticio del deudor[520].

4. El objeto de la evaluación de la solvencia

El art. 18 de la OTP, que desarrolla lo previsto en el art. 29 de la LES, se refiere a la evaluación de la solvencia como la «valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo». Para ello, se atenderá a la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, a sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías, y a la valoración prudente de las garantías reales. En suma, se tendrán en consideración los elementos de activo, de pasivo, y las garantías que el cliente otorgará, todo ello con el fin de evaluar su capacidad económica para reembolsar la financiación concedida.

Sin embargo, la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012 va más allá al definir el objeto de la evaluación de la solvencia, pues señala que, para «asegurar la adecuada aplicación práctica del concepto de préstamo responsable» contenido en el art. 18 de la OTP, las entidades deberán atender «a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes» cuando ofrezcan y concedan préstamos o

[518] *Vid*. CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: Sistemas de información crediticia. Guía informativa, ob. cit., p. 4; ALLEWELDT, F. / KARA, S. (Dirs.): *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact – Final Report, Part 1: Synthesis of findings*, ob. cit., 284; LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, ob. cit., 292-293; CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 40; SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable", ob. cit.

[519] *Vid*. MILLER, M.: *Credit Reporting Systems Around the Globe: The State of the Art in Public and Private Credit Registries*, ob. cit., p. 2; CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: Sistemas de información crediticia. Guía informativa, ob. cit., pp. 6, 24.

[520] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 14; CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 15.

créditos. Además, recuerda que incumbe a los clientes una actuación responsable que se concreta en facilitar a las entidades «una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito» para la evaluación de su solvencia. Con mayor claridad, el Principio 4 del Anejo 6 de la Circular señala que, para la concesión de préstamo responsable a que se refiere la Norma duodécima de la Circular, las entidades deberán aplicar «Una política de oferta y comercialización de operaciones que tome en consideración la situación personal y financiera, así como las necesidades e intereses de los clientes, evitando técnicas de venta que ocasionen que estos puedan llegar a suscribir préstamos o créditos que no se adapten a sus deseos o necesidades y, por tanto, les resulten inútiles.».

Por tanto, de acuerdo con la normativa de carácter general sobre préstamo responsable, la evaluación de la solvencia no tendría por objeto únicamente la capacidad económica del cliente, sino también sus preferencias y objetivos.

Por su parte, la normativa de carácter especial no desmiente este objeto amplio de la evaluación de la solvencia.

La LCC no define el objeto de la evaluación de la solvencia por lo que, a falta de ley especial, debemos entender aplicable por defecto la ley general. En cambio, la LCCI define el objeto de la evaluación de la solvencia como «las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo» [apartado 16) del art. 4 LCCI]. Si bien el art. 11.1 de la LCCI detalla que dicha evaluación tendrá en cuenta «los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo», el apartado 5 del mismo artículo confirma que el objeto de la evaluación es la proclividad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo al señalar que «El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es *probable* que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato».

La referencia en la LCCI a la evaluación de las «preferencias y objetivos» del cliente parece circunscribirse a la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios. Así, el art. 5, en el marco del deber general de los prestamistas de actuar «de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios» durante toda la vida del préstamo, señala en su apartado 2 que la

concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre préstamos se basarán en «la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo»; y, en particular, cuando se presten servicios de asesoramiento sobre préstamos, se basarán en «la información obtenida del prestatario sobre su situación personal y financiera, así como sobre sus *preferencias y objetivos*, de modo que puedan recomendar contratos de préstamo adecuados». Igualmente, el art. 19.4 de la LCCI, al regular la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios, reitera que «los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados recabarán la información que resulte necesaria sobre la situación personal y financiera del prestatario, así como sobre sus *preferencias y objetivos*, de modo que puedan recomendar contratos de préstamo adecuados».

En atención a lo anterior, la doctrina[521] ha considerado que, en el marco de la LCCI, cabe distinguir dos obligaciones distintas: la evaluación de la solvencia propiamente dicha, y la evaluación de la idoneidad, circunscrita a la prestación de servicios de asesoramiento en préstamos inmobiliarios; teniendo en cuenta, además, que la prestación de estos servicios constituye una actividad distinta de las de concesión e intermediación de préstamos inmobiliarios y es objeto de un contrato específico (cf. art. 3 RDLCCI). El término se extrae del Considerando 65 de la DCI:

> «Los servicios de asesoramiento deben basarse en una comprensión adecuada de la situación financiera del consumidor y de sus preferencias y objetivos, partiendo de la necesaria información actualizada y de hipótesis razonables sobre los riesgos que pesan sobre las circunstancias del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato de crédito. Los Estados miembros deben poder aclarar cómo ha de evaluarse la idoneidad de un determinado producto en el contexto de la prestación de servicios de asesoramiento.»

Sin embargo, la LCCI recoge también el deber del prestamista de basarse en la información del prestatario sobre sus «necesidades, situación financiera y preferencias» para ofrecerle la información precontractual personalizada que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado (cf. art. 10 LCCI). Con este precepto transpone el

[521] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 215-216. Según esta autora, sólo las entidades que presten el servicio de asesoramiento, concebido como actividad optativa, «claramente distinta de la pura comercialización/ otorgamiento de los préstamos», deberán tener en cuenta las preferencias y objetivos del cliente, «a quien someterán al test de idoneidad, debiendo el cliente proporcionar la información suficiente al efecto» (cfr. *ibidem*, p. 228). Extrapola así el contexto en el que se enmarca la evaluación de la idoneidad en el mercado de valores.

art. 14 de la DCI, que alude al deber del prestamista de ofrecer información precontractual al consumidor con base en la información que este haya dado sobre sus «necesidades, situación financiera y preferencias *de conformidad con el artículo 20*»; artículo que se refiere a la revelación y verificación de la información relativa al consumidor en el marco de la evaluación de la solvencia. En cualquier caso, este deber de proporcionar información precontractual, concretado en la obligación de entregar al cliente la ficha europea de información normalizada (FEIN), es aplicable para el caso de que el servicio prestado sea el de concesión de crédito, tal y como indica el Considerando 44 de la DCI:

> «Es importante que el consumidor, una vez que haya facilitado los datos precisos sobre sus necesidades, su situación financiera y sus preferencias, reciba la información correspondiente por medio de la FEIN sin demora y con suficiente antelación antes de quedar vinculado por una oferta o un contrato de crédito, de modo que pueda reflexionar y comparar las características de los productos de crédito y obtener asesoramiento de un tercero en caso necesario. En particular, cuando se haga al consumidor una oferta vinculante, esta debe ir acompañada de la FEIN a menos que ya se le haya facilitado la ficha y que las características de la oferta correspondan a la información previamente proporcionada. No obstante, los Estados miembros deben poder disponer que la entrega de la FEIN sea obligatoria tanto antes de que se haga una oferta vinculante como junto con dicha oferta, en caso de que no se haya entregado previamente una FEIN que contenga la misma información. Aunque la FEIN debe ser personalizada y reflejar las preferencias manifestadas por el consumidor, el suministro de dicha información personalizada no debe implicar una obligación de proporcionar asesoramiento. Solo deben celebrarse contratos de crédito si el consumidor ha tenido tiempo suficiente para comparar ofertas, valorar sus implicaciones, recabar asesoramiento de terceros, si procede, y adoptar una decisión con conocimiento de causa sobre la aceptación o el rechazo de la oferta.»

Por tanto, el prestamista en todo caso deberá recabar información sobre las necesidades, preferencias y objetivos de sus clientes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en mi opinión la evaluación de la solvencia del cliente debe tener en cuenta también sus necesidades, su situación personal y financiera, sus intereses y preferencias, y sus objetivos. Si bien estos elementos conformarían propiamente el llamado «test de idoneidad» del préstamo (cf. Considerando 65 de la DCI), aplicable en la prestación de servicios de asesoramiento, ello no significa que, en la concesión de préstamos sin asesoramiento, al evaluar la solvencia del cliente, no deban tenerse en cuenta tales circunstancias.

La dicotomía entre «test de solvencia» y «test de idoneidad» proviene, a mi modo de ver, de una traslación desafortunada de los conceptos de «test de conveniencia» y «test de idoneidad» propios de la normativa MiFID de mercado de instrumentos financieros.

Así, el art. 25 de la MiFID II[522] –transpuesto en los arts. 212 y 213 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores[523]–, distingue dos niveles en el deber general de las entidades de conocer a sus clientes: uno aplicable a los servicios de asesoramiento y de gestión de carteras, que implicaría el deber de evaluar los conocimientos, experiencia, situación financiera y objetivos de inversión del cliente; y otro, aplicable al resto de servicios de inversión[524], que supondría evaluar únicamente sus conocimientos y experiencia.

Realizar un paralelismo entre la evaluación de conveniencia y la evaluación de la idoneidad del ámbito MiFID, y la evaluación de la solvencia y la evaluación de la idoneidad en el ámbito del mercado de crédito, en mi opinión, no resulta adecuado.

La evaluación de la solvencia no tiene como único objetivo evitar el impago, sino también «impedir que el crédito afecte significativamente a la situación financiera general

[522] El art. 25 de la MiFID II señala: «2. Cuando preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente o posible cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas, y sus objetivos de inversión incluida su tolerancia al riesgo, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas. (…)

3. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de servicios de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 2, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de servicios de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es conveniente para el cliente.».

[523] BOE núm. 255, de 24/10/2015.

[524] La tipología de servicios y actividades de inversión se establece en el art. 140 del TRLMV. Por lo demás, hay que tener en cuenta que el art. 216 en relación con el art. 217 del TRLMV, prevé la exención de la evaluación de la conveniencia en caso de prestación de ciertos servicios de inversión en las condiciones previstas en dicho precepto.

del consumidor»[525], es decir, impedir su sobreendeudamiento. En esto consiste la actuación en el mejor interés del cliente que cristaliza la normativa de préstamo

[525] Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 8. Como ha apuntado esta misma autora, no basta con obtener un resultado positivo de la evaluación si los métodos utilizados para ello ignoran el interés del cliente: «En la práctica, muchas veces se ha conseguido una evaluación positiva gracias a la previsión de plazos muy largos de devolución; y el riesgo de incumplimiento ha servido para elevar el tipo de interés a los deudores que presentaban menos probabilidades de cumplimiento. La explosión de la burbuja inmobiliaria ha puesto de relieve esas y otras prácticas, algunas deshonestas, y ha demostrado que, en el ámbito del crédito hipotecario, el deber de tener debidamente en cuenta las necesidades del prestatario ha sido sistemáticamente obviado.» [Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E: "La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 149, enero-marzo, 2018, pp. 65-94 (consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas)]. En esta línea, señalan FERRETTI, F. / LIVADA, C.: «Responsible lending refers to the delivery of responsible and reliable markets, where consumer confidence is restored and credit products are appropriate to consumers' needs and tailored to their ability to repay their debts.» (cfr. "The over-indebtedness of European consumers under EU policy and law", ob. cit., p. 13). Así, también FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: «We want firms to make a reasonable assessment, not just of whether the customer will repay, but also of their ability to repay affordably and without this significantly affecting their wider financial situation. This should minimise the risk of financial distress to customers. » (*Assessing creditworthiness in consumer credit - Feedback on CP17/27 and final rules and guidance*, Policy Statement PS18/19, July 2018, § 1. 14); enfoque también sostenido por la AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENTS COMMISSION (ASIC) [*vid. Regulatory Guide 209 Credit licensing: Responsible lending conduct*, December 2019, pp. 60-83]. Así, según FAIRWEATHER, K., «The assessment of affordability is a borrower-focused test, involving a deeper, broader and more complex inquiry than a simple assessment of the debtor's ability to repay.» (cfr. "The development of responsible lending in the UK consumer credit regime", DEVENNEY, J. / KENNY, M., *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge University Press, August 2012, p. 93). En la misma línea, señala CHEREDNYCHENKO O. O. / MEINDERTSMA, J. M.: «In order to ensure responsible lending, therefore, the lender's duty to assess the consumer's creditworthiness, in our view, should by no means be limited to the assessment of credit risk and should also include the borrower-focused creditworthiness check. (…) The basic rule is that when providing simple consumer credit, financial institutions should act as responsible creditors with a view to preventing consumer overindebtedness; for this purpose, before concluding a credit agreement, they should obtain information concerning the consumer's financial position in the best interests of the consumer and assess whether providing credit to him or her is justified.» (cfr. "Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?", ob. cit., pp. 488; 501). Esta exigencia ha sido expresada por ACCIS en el marco de la evaluación de la DCC: «In particular, we recommend the following five ways to improve consumer outcomes: (…) (ii) Recognise that a creditworthiness assessment covers the affordability risk for the borrower» [cfr. ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS): *ACCIS' Response to public consultation on the evaluation of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive – CCD)*, April 2019, p. 8]; y la Comisión Europea la ha tenido en consideración: « There are different reasons hindering the Directive's creditworthiness assessment provision effectiveness in ensuring the suitability of credit sold to consumers: It does not specifically establish whether the assessment should be creditor-focus (i.e. risk assessment) or borrower-focused (i.e. affordability assessment done in the interest of the consumer, as confirmed by the CJEU); (…). Consumers are harmed when they take a credit not corresponding to their needs, financial situation and repayment possibilities. The detriment concerns higher interest rates paid, or interest rates paid when they should not have been granted the credit (but the assessment of their creditworthiness was not performed thoroughly) and the possible unexpected degradation of their debt situation. In addition a worsening of their situation can have a lot of moral damage on the consumers and on their facilities. » [cfr. EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], pp. 6, 25].

responsable[526]. No cabe distinguir en este ámbito distintos niveles de conocimiento del cliente: el préstamo es idóneo cuando es conforme a la evaluación de la solvencia del cliente, comprensiva tanto de su capacidad de pago, como de su proclividad de pago, en la cual se integran también sus necesidades, objetivos y preferencias. Por tanto, de acuerdo con una interpretación teleológica de la normativa sobre préstamo responsable, no cabe distinguir una evaluación de la idoneidad distinta e independiente de la evaluación de la solvencia.

En suma, con base en el principio de actuación en el mejor interés del cliente, la evaluación de la solvencia tendría por objeto, no sólo la capacidad de pago del cliente, sino también su proclividad de pago, así como sus necesidades, preferencias e intereses, de acuerdo con su fin último que es evitar el sobreendeudamiento del cliente. En esto consiste la obligación de medios del prestamista que, de otro modo, quedaría incumplida.

Sentado lo anterior, la normativa sobre préstamo responsable señala los aspectos mínimos que los procedimientos para la evaluación de la solvencia deberán contemplar en relación con el activo del cliente, el pasivo del cliente y, en su caso, las garantías reales que se pretenda otorgar.

La evaluación del activo deberá contemplar los bienes y derechos de lo que dispone el cliente para cumplir con sus obligaciones de pago teniendo en cuenta su situación de empleo e ingresos, patrimonial y financiera, así como sus activos en propiedad y sus ahorros; y, cuando se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo vaya a ser reembolsado una vez finalizada la vida laboral, deberá considerarse el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación (cf. art. 18 OTP; art. 11.1 LCCI).

Esta evaluación en ningún caso podrá ser sustituida por la suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos (cf. art. 18.4 OTP), lo cual es obvio, pues la evaluación de la solvencia pretende evitar el sobreendeudamiento activo, no el

[526] *Vid.* CHEREDNYCHENKO O. O. / MEINDERTSMA, J. M.: "Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?", ob. cit., p. 487.

sobreendeudamiento pasivo –impredecible y, muchas veces, inevitable–, que es el que cubren los seguros de crédito[527].

Más aun, según el Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012 (Principio 1), para evaluar la concesión de préstamos o créditos y su cuantía, las entidades deberán utilizar criterios vinculados a la capacidad del prestatario para cumplir con las obligaciones financieras asumidas atendiendo a sus fuentes de renta habituales (de las cuales la entidad deberá disponer de información fiable y actualizada), y no a la eventual existencia de avalistas, fiadores o activos ofrecidos en garantía, que constituirán «una segunda y excepcional vía de recobro para cuando haya fallado la primera». Esta norma general no se contradice en la LCC ni en la LCCI y resulta aplicable en sus respectivos ámbitos, si bien en esta última solo se hace referencia a la garantía hipotecaria y no a las garantías personales. Así lo dispone también la Autoridad Bancaria Europea[528].

La aplicación del principio de la primacía de las fuentes de renta pone de manifiesto que el objetivo de la evaluación de la solvencia no es meramente prudencial, sino que pretende evitar el sobreendeudamiento y la eventual insolvencia del cliente. Como se ha dicho, «si el único interés a proteger fuere la estabilidad del sistema financiero, bastaría con que el prestatario aportase un valioso bien como garantía que absorbiera con creces el importe del préstamo. La concesión del crédito en tales condiciones vendría acompañada de la imposición de un alto tipo de interés moratorio, y su abono y la

[527] Así lo explica CUENA CASAS, M.: «Realmente no haría falta aclarar este extremo porque la evaluación de la solvencia implica la comprobación de la capacidad de reembolso del potencial prestatario y la existencia de un seguro cubre la eventualidad de un incumplimiento que puede obedecer a razones distintas no presentes en el momento de la evaluación e imprevisibles (paro, divorcio, enfermedad). En estas circunstancias reside precisamente el riesgo de crédito del prestamista, en aquéllas que no puede prever y que vendrían a estar cubiertas por un seguro. Pocas compañías cubrirán a un cliente que ya carece de capacidad de reembolso en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, difícilmente puede darse la hipótesis que contempla el art. 18.4 OTSB. En cualquier caso, aunque nada diga la LCI, por lo dicho, si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso y tan solo se limita a exigir un seguro de reembolso, habrá incumplido su obligación de evaluar la solvencia. La existencia de aquél no afecta a la necesidad de cumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia.» ("Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 3). También en CUENA CASAS, M.: "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario", ob. cit., p. 47.

[528] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 27.

devolución del capital e intereses remuneratorios se garantizaría, con carácter general –esto es, salvo en situaciones de crisis inmobiliaria– con la venta de la garantía.»[529].

Además, deberán establecerse planes de amortización «realistas», con vencimientos usualmente periódicos y relacionados tanto con la renta recurrente del prestatario procedente de sus fuentes primarias de generación de ingresos más habituales, como –en su caso– con la vida útil de la garantía, de manera que su renta disponible tras el servicio de sus deudas (tanto con la propia entidad como otras preexistentes, declaradas por el cliente o conocidas por otras vías) no suponga en ningún caso «una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares» (cf. Principio 2 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012). En este sentido, los planes de amortización deberán considerar una relación máxima entre el servicio de sus deudas –tanto con la propia entidad como otras preexistentes, declaradas por el cliente o conocidas por otras vías– y la renta recurrente disponible del prestatario procedente de sus fuentes de ingresos habituales (cf. Principio 2 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012). Se prevé, por tanto, la utilización de ratios DTI (*debt-to-income*), lo que facilita la prueba de la evaluación correcta de la solvencia. Esta previsión se aborda también, desde la perspectiva prudencial para la gestión del riesgo de crédito, en el Anejo 9 de la Circular BdE 4/2017[530].

Por lo demás, el Principio 6 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012 contempla expresamente que esta relación entre pagos previstos y renta del prestatario deberá observarse de manera más estricta en la concesión de financiación en divisas o con tipos de interés variables. En el caso de la financiación en moneda extranjera, su concesión deberá atender primordialmente a la estructura de reembolso y a la capacidad del prestatario para resistir perturbaciones adversas de los tipos de cambio y tipo de interés extranjero.

Por lo que respecta al pasivo del cliente, su evaluación deberá atender a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones de pago considerando sus obligaciones

[529] Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[530] El apartado 15 del Anejo 9 de la Circular BdE 4/2017 prevé: «(…) Para el caso de operaciones con particulares, los criterios de concesión deberán observar una relación máxima entre el servicio de todas sus deudas, incluidos todos los pagos recurrentes para atender sus obligaciones financieras con la entidad y otras entidades, y la renta recurrente disponible del titular. Los planes de amortización ofertados deberán ajustarse a dichos criterios. En ningún caso, estos podrán implicar una disminución de la renta disponible del prestatario, tras atender el servicio de todas sus deudas, que suponga una limitación notoria para cubrir sus gastos familiares.».

derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías (cf. art. 18 OTP; art. 11.1 LCCI). Asimismo, deberá considerarse la afectación de la variación del valor de las cuotas a lo largo de la vida de la operación como consecuencia de la evolución de los tipos de interés sobre la capacidad de pago del cliente. En este punto se aprecia la importancia de que el prestamista cuente con información positiva sobre la solvencia del prestatario, pues de otra forma la evaluación del endeudamiento del cliente al tiempo de solicitar el crédito o préstamo podrá basarse únicamente en la información proporcionada por el propio cliente.

Además, la evaluación de la solvencia del prestatario debe contemplar la evaluación de las garantías otorgadas, tanto personales como reales. En este sentido, hay que tener en cuenta que la garantía –ya sea personal o real– cubre el sobreendeudamiento pasivo y no el sobreendeudamiento activo. Por este motivo, dado que la evaluación de la solvencia trata de evitar el sobreendeudamiento activo, la consideración de las garantías aportadas, al igual que la suscripción de seguros de crédito, son consideradas como una vía de recobro excepcional (cf. Principio 1 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012)[531].

Con respecto a la evaluación de la solvencia del garante [cf. arts. 18.2 OTP, Principio 13 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012, art. 11 LCCI], la misma servirá para que el prestamista pueda valorar su efectividad como vía de subsidiaria recobro, evaluando «el nivel de protección que ofrece la garantía» y evaluando su solvencia de acuerdo con las disposiciones generales aplicables al prestatario[532]. Por tanto, su resultado no resulta determinante para la evaluación positiva el prestatario y la concesión del crédito[533].

En el caso de créditos o préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia deberá atender a una prudente relación entre el importe de la financiación –y sus

[531] *Vid.* CUENA CASAS, M. quien, al analizar la LCCI con referencia a la norma contenida en el Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012, señala: «El test de solvencia positivo no puede descansar en la existencia de garantías adicionales. Éstas constituyen un refuerzo del derecho de crédito que palía la posibilidad de incumplimiento fundamentalmente por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo).» (cfr. "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario, ob. cit., pp. 47-48).

[532] Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 27. En el caso de la evaluación de la solvencia de prestatarios que sean microempresas y pequeñas empresas, la Autoridad Bancaria Europea añade que «La evaluación de la solvencia del garante será proporcional al importe de la garantía en relación con el préstamo y el tipo de garante.» (cfr. Ibidem, p. 34).

[533] *Vid*. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., pp. 5-6.

eventuales ampliaciones– y el valor de la garantía real[534], sin tener en cuenta sus potenciales revalorizaciones –especialmente en el caso de inmuebles–, y sin que pueda debilitarse por la presencia de otras garantías o seguros (cf. Principio 3 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

El art. 18 de la OTP señala que los criterios para determinar la concesión de la financiación en el marco de la evaluación de la solvencia, así como su cuantía máxima, su tipo de interés y su sistema de amortización, deberán fundamentarse «preferentemente» en la capacidad del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía (cf. art. 18.3 OTP). Con mayor claridad, la LCCI establece que 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», salvo que se trate de préstamos cuya finalidad sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial (cf. art. 11.3 LCCI). En este sentido, la relación entre el importe de la financiación y el valor de la garantía deberá ser tanto más exigente cuanto menos lo sea la fijada entre el servicio de la deuda y las fuentes de generación de ingresos[535], sin perjuicio de que en ningún caso eximirá ni excusará la relajación de la evaluación de la solvencia atendiendo a la capacidad de pago del prestatario (cf. Principio 3 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012). También en la concesión de financiación en divisas o con tipos de interés variables deberá observarse esta relación de manera más estricta (*vid.* Principio 6 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

Por tanto, aunque en el resultado de la evaluación de la solvencia la aplicación de la ratio DTI resultará prioritaria frente a la ratio DTV (*debt-to-value*)[536], la segunda deberá ser más exigente cuanto menos lo sea la primera.

---

[534] Dicha relación deberá considerar los riesgos subyacentes a la garantía que pudieran derivarse de aspectos tales como el tipo de propiedad, su finalidad o posible uso, su potencial depreciación o el área geográfica en que se ubique, y no podrá eludirse a través de la concesión de préstamos personales adicionales o complementarios u otras técnicas similares (cf. Principio 3 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

[535] En caso de tratarse de financiación para la adquisición de bienes, la prudente relación entre el importe y el valor del bien comprenderá «normalmente» que el prestatario realice con sus propias fuentes de ingresos un pago inicial sustancial para la compra, que deberá ser mayor cuanto menor sea el arraigo, enraizamiento o utilidad del bien en la satisfacción de sus necesidades básicas (*vid.* Principio 3, párrafo tercero, del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012).

[536] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

Para que responda a criterios de préstamo responsable, la valoración de las garantías deberá llevarse a cabo mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar su prudente valoración (cf. art. 18 OTP). Más aun, la gestión y valoración de las garantías deberá asegurar su efectividad legal y económica y el mantenimiento en el tiempo de la prudente relación entre su valor y el importe de la financiación[537], y la tasación de las garantías inmobiliarias por tasadores profesionales independientes, sin que deban influir en su actividad los factores u objetivos comerciales de la entidad (cf. Principio 5 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012)[538].

Por tanto, de acuerdo con la Circular BdE 5/2012, los aspectos mínimos comprendidos en la evaluación de la solvencia se refieren a elementos que permiten analizar la capacidad de pago del cliente (incluyendo el pago por fiador o avalista, y el pago por ejecución de garantías). No obstante, a pesar de su pretendida exhaustividad, la normativa sobre préstamo responsable no ha previsto expresamente límites de endeudamiento atendiendo a las ratios LTV, LTI, o coeficientes similares, en contra de la recomendación que de ello hace la DCI para señalar «unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito» (Cfr. Considerandos 3 y 55 DCI), lo que favorecería «el control del grado de cumplimiento de la obligación»[539]. El establecimiento de estas ratios preservaría más adecuadamente la protección del prestatario que la normativa sobre evaluación de la solvencia está llamada a brindar –que, como hemos dicho, no es coincidente en sus objetivos con el análisis del riesgo de crédito–, pues dan cuenta del esfuerzo que eventualmente supone para el prestatario la devolución del préstamo, a costa de desatender otras necesidades básicas[540]. En cualquier caso, en el ámbito de nuestro estudio, para la concesión de préstamos o créditos hipotecarios a personas físicas por entidades de crédito resultarán en todo caso de

[537] El Principio 5 señala, además, que la aceptación por la entidad de la tasación aportada por el cliente [cf. art. 3 bis I) de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario] no la eximirá de realizar, a su cargo, las comprobaciones apropiadas para verificar la existencia y el valor sostenible de la garantía.

[538] Además, el Principio 5 añade un inciso en relación con la información precontractual exigida en la contratación de créditos o préstamos cuya garantía hipotecaria recaiga sobre el local de negocio donde se ejerza la actividad que constituya el medio de vida del prestatario, estableciendo que deberá indicarse con claridad si la garantía se limita al valor del bien hipotecado (cf. art. 140 de la Ley Hipotecaria), o si se extiende a los demás bienes presentes y futuros del deudor.

[539] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 3.

[540] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario", ob. cit., pp. 187; 198-199.

aplicación los límites previstos en el art. Quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario[541].

Finalmente, la evaluación de la solvencia deberá incluir un «análisis de sensibilidad» que refleje posibles eventos negativos futuros, de mercado o idiosincrásicos, que pudieren afectar al tipo y a la finalidad del préstamo (*v. gr*. reducción de ingresos, aumento de tipos de interés, amortización negativa del préstamo, pagos globales finales o pagos aplazados de principal o intereses, variación en el tipo de cambio, etc.), tanto en préstamos garantizados como en no garantizados[542].

5. La calificación crediticia o *credit scoring* como resultado de la evaluación de la solvencia

Una vez evaluada la solvencia del prestatario, el resultado de dicha evaluación se plasmará en una calificación crediticia o *credit score*[543], un número que representará la capacidad y proclividad del prestatario de cumplir con el contrato de préstamo en las condiciones previstas en él, de manera que una calificación más alta indicará que el prestatario es más solvente. Se trata, al fin y al cabo, de la prima de riesgo del prestatario. Para calcular dicho número, los prestamistas utilizan modelos estadísticos o algoritmos, con base en la información sobre el prestatario recabada por el prestamista[544]. La premisa en la que se basa el sistema de *scoring* es que «el deudor que cumple siempre debe ser de

[541] El art. Quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario dispone: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años.».

[542] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, pp. 28-30.

[543] Así lo reconoce la Autoridad Bancaria Europea, al definir entre las tareas o áreas que las entidades deben considerar al definir las funciones relacionadas con la gestión del riesgo de crédito y las y el proceso de toma de decisiones en materia crediticia, la de «realizar una evaluación de la solvencia y un análisis del riesgo de crédito a efectos de puntuación o calificación crediticia» y «proporcionar un dictamen independiente o una segunda opinión sobre la evaluación de la solvencia y el análisis del riesgo de crédito a efectos de la toma de decisiones en materia crediticia, especificando en qué circunstancias (teniendo en cuenta las particularidades de la operación de crédito, su tamaño y el perfil de riesgo del prestatario) es pertinente dicho dictamen independiente o segunda opinión.» (cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 22).

[544] *Vid.* CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, ob. cit., p. 49. Sobre el cálculo del *credit score*, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., p. 26.

mejor condición que el que no lo hace»[545], de modo que los prestamistas pueden controlar sus riesgos –ajustando el coste y otras condiciones del crédito a la prima de riesgo del prestatario– y reducir sus costes mediante el uso de modelos de calificación crediticia[546].

A la vista de este sistema, se aprecia en toda su extensión la importancia de que el prestamista cuente con datos positivos para la evaluación de la solvencia del cliente. Los SIC de información positiva permiten que los prestamistas puedan ajustar de manera más acertada el coste crediticio a la prima de riesgo real de cada solicitante de crédito y, a su vez, evitan la propagación a todos los clientes del aumento del coste de crédito debido a la selección adversa[547] u a la adopción de medidas legislativas de protección de los deudores insolventes, como la exoneración del pasivo insatisfecho en sede concursal[548].

El desarrollo del *big data*[549] y nuevas técnicas de *scoring digital* ha introducido cambios relevantes en el uso de estos modelos y, sobre todo, las fuentes de información de que se nutren. Cabe destacar, por ejemplo, el uso de información proveniente de redes sociales[550] –práctica que la Propuesta de DCC 2021 proscribe[551]–. El recurso a esta clase

[545] Cfr. Preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 180, de 29/07/2015).

[546] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 44. Sobre los riesgos del *credit scoring*, en particular, de discriminación de ciertos prestatarios, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final], p. 92.

[547] *Vid.* RAMSAY, I.: "From truth in lending to responsible lending", ob. cit., p. 12.

[548] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit., pp. 26-29.

[549] *Vid.* JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES: Joint Committee Final Report on Big Data, JC/2018/04, 15 March 2018, pp. 8, 11.

[550] *Vid.* CUENA CASAS, M.: «La cantidad y calidad de la presencia en las redes sociales, la identidad y características de los contactos del solicitante, los vínculos e interacciones sociales en línea del solicitante del préstamo, la situación financiera de los contactos del solicitante, son datos tenidos en cuenta para la evaluación del riesgo de crédito. Los defensores del crédito social afirman que los «amigos» en redes sociales son un indicador constructivo de la confiabilidad financiera, ya que las personas tienen más probabilidades de ser mejores prestatarios si sus amigos son.» (*Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, ob. cit., p. 273-274). Denuncia estas prácticas FINANCE WATCH: *Consumer credit market malpractices uncovered*, February 2021, p. 19.

[551] El Considerando 47 de la Propuesta de DCC 2021 señala al respecto: «Los datos personales, como los encontrados en las redes sociales o los datos sanitarios, incluidos los datos sobre el cáncer, no deben utilizarse al realizar una evaluación de solvencia.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 26].

de fuentes de información, no obstante, depende de la calidad y disponibilidad de información propiamente financiera, en particular, de datos de solvencia positivos[552].

Precisamente, el desarrollo de estas nuevas técnicas de *scoring* podría justificar que la evaluación de la solvencia no se limite a valorar la «capacidad de pago» del prestatario sino también su «proclividad de pago», con base en su comportamiento crediticio pasado y, también, en una variedad de datos obtenidos de distintas fuentes de acceso público que proporcionan información sobre la persona del deudor y permiten predecir si se trata de un buen pagador o no. La revisión de la DCC ha tenido en cuenta esta evolución de las técnicas de calificación crediticia[553].

La normativa sobre préstamo responsable no incide en las técnicas de *scoring* utilizadas por las entidades de crédito, que pertenecerían al ámbito de su libertad de empresa[554]. No se exige que el prestamista informe de «la lógica que subyace» a la decisión automática del *scoring* basado en algoritmos u otros métodos de evaluación

[552] Vid. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: Report on innovative uses of consumer data by financial institutions, 28 June 2017, p. 5.

[553] Así lo expresa la Comisión Europea: « Furthermore as already discussed, digitalisation has transformed the process of collection and analysis of consumer's information. Credit providers make large use of automated decision-making techniques, including machine learning, for credit scoring. In addition, lenders are making use of different data sources found throughout the digital ecosystem. When carrying out creditworthiness assessments, lenders, through big data analytics, are increasingly making use of large numbers of data points, most of which are either not necessarily provided by the consumer or unknown to the consumer. This use is particularly common among certain non-traditional operators such as peer-to-peer lending platforms but this practice is not restricted to new operators. The 2020 EBA report on big data and advanced analytics shows that 34% of business respondents declared using or planning to use big data for risk scoring. The use of such technology seem to result in a wider access to credit for consumers, but it raises fundamental rights concerns, in terms of potential infringements of the right to the protection to personal data, privacy and issues concerning direct or indirect discrimination. If left unaddressed, the risks associated with the use of machine-learning technology are expected to worsen since the use of innovative digital tools by credit providers is expected to grow. » [cfr. Vid. EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], p. 18]. Sobre este tema, vid. Ibidem, pp. 154-156. En respuesta a esta preocupación, el art. 18.6 de la Propuesta de DCC 2021 dispone: «Cuando la evaluación de solvencia implique el uso de la elaboración de perfiles u otro tratamiento automatizado de datos personales, los Estados miembros velarán por que el consumidor tenga derecho a: a) solicitar y obtener la intervención humana de la parte del prestamista o del proveedor de servicios de crédito de financiación participativa para revisar la decisión; b) solicitar y obtener del prestamista o del proveedor de servicios de crédito de financiación participativa una explicación clara de la evaluación de solvencia, incluida la lógica y los riesgos que implica el tratamiento automatizado de datos personales, así como su significado y sus efectos en la decisión; c) expresar su punto de vista e impugnar la evaluación de solvencia y la decisión.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 55].

[554] No obstante, la Autoridad Bancaria Europea ha incidido sobre la importancia de que las entidades tengan en cuenta los riesgos inherentes a las innovaciones tecnológicas que utilicen en sus modelos de evaluación de la solvencia (*vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020, p. 16).

automática del riesgo de crédito, como sí preveía el art. 14.2 de la propuesta de DCI, que incluso otorgaba al prestatario la posibilidad de que se revisase su evaluación mediante «procedimientos manuales». La redacción original de la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, previó en su art. 13.7 tal posibilidad[555]; sin embargo, dicho inciso se ha eliminado conforme a la modificación introducida por el apartado 8 del art. Único del Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre[556].

6. El derecho del prestatario a conocer el resultado de la evaluación de la solvencia. Implicaciones.

La normativa sobre préstamo responsable reconoce el derecho del cliente a ser informado inmediatamente y de forma gratuita del resultado de la consulta por parte del prestamista de una base de datos para la evaluación de su solvencia en caso de que ello sea el motivo de la denegación del crédito (cf. art. 18.5 OTP, art. 15.2 LCC). Si el préstamo es hipotecario, el prestamista deberá informar al prestatario por escrito de la denegación del préstamo, así como sobre los pormenores de la base de datos consultada (*v. gr*. nombre, responsable) y sobre su derecho de acceso y rectificación, debiendo entregarle, además, una copia del resultado de la consulta (cf. art. 11.6 LCCI). Este derecho del prestatario a ser informado se excepciona únicamente cuando ello contravenga objetivos de orden público o de seguridad pública o esté prohibido por otras disposiciones comunitarias como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (cf. Considerando 61 DCI, art. 9.3 DCC).

Esta regulación pretende preservar el derecho del prestatario sobre el tratamiento de sus datos personales. Sin embargo, a mi modo de ver, se trata de un objetivo limitado que debería ampliarse.

[555] La redacción original del art. 13.7 de la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, establecía: «(…) Cuando la denegación se base en el resultado de un proceso automatizado de evaluación, la empresa prestamista y el servicio de intermediación deberán informar, de forma inmediata y gratuita, a la persona consumidora y usuaria, y a la avalista o fiadora, en su caso, de su funcionamiento, ofreciéndole la posibilidad de revisar la decisión por otro procedimiento no automático.»

[556] Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre, por el que se modifica la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOJA núm. 247, de 26 de diciembre de 2019).

Por una parte, la LCCI no recogió el deber del prestamista de informar de antemano al prestatario de su intención de consultar una base de datos, tal y como estaba previsto en el art. 18.5.b) de la DCI; una obligación de información previa, distinta al deber de informar del resultado de la consulta cuando se deniegue el préstamo[557], que sí se recogía, sin embargo, en el texto original del art. 13.4 de la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio[558], pero que fue eliminado en virtud de la modificación introducida por el art. único.8 del Decreto-ley andaluz 5/2019, de 17 de diciembre[559].

Más importante que informar al prestatario de la intención de consultar una base de datos, es entregarle el informe sobre la evaluación de su solvencia en todo caso, tanto si el resultado es negativo como si es positivo[560].

A diferencia de la normativa estatal, la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias (en adelante, LPCU)[561] sí ha establecido en su art. 13.7 el deber del prestamista (o intermediario) de comunicar de forma gratuita y «por escrito» a los prestatarios 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 (…)».

En la misma línea, la enmienda núm. 186 (votada como enmienda núm. 182) presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en relación con el Proyecto de LCCI, proponía la inclusión en el apartado 6 del art. 9 del deber del prestamista de informar «de forma gratuita, por escrito y sin demora al potencial prestatario y, en su caso, al fiador o avalista» del resultado de las respectivas evaluaciones de su solvencia, «advirtiéndoles,

[557] En este sentido, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable", ob. cit.

[558] Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, BOJA núm. 114, de 16/06/2016, BOE» núm. 157, de 30/06/2016.

[559] Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre, por el que se modifica la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, BOJA núm. 247, de 26 de diciembre de 2019.

[560] En este sentido, *vid*. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 7.

[561] Sobre el detalle de esta normativa, *vid*. MARTÍN FABA, J. M.: "¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Nº 19/2016, pp. 178-204 (en particular, sobre la regulación del deber de evaluar la solvencia del prestatario, *vid.* pp. 193-195).

de forma motivada, de las razones para conceder o no el préstamo hipotecario», debiendo entregar «una copia del resultado del estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en su análisis.»[562]. Sin embargo, esta enmienda fue finalmente rechazada a falta de un solo voto[563].

Como veremos más adelante[564], en caso de concederse el préstamo, que el prestatario cuente con el detalle de la evaluación de su solvencia tiene una relevancia considerable para poder exigir responsabilidad al prestamista por el préstamo irresponsable en caso de que el prestatario devenga insolvente a causa de dicha financiación. Por otra parte, en caso de que el préstamo sea denegado siendo la evaluación positiva, el prestatario contaría con una valiosa información para solicitar financiación en otras entidades.

A falta de previsión legal, la doctrina ha apuntado que «puede pactarse la entrega del informe que recoja la evaluación positiva a cambio de una retribución, como comisión de estudio desgajada del proceso de contratación. [comisión de apertura del art. 14.4 LCCI]»[565].

[562] Cfr. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, pág. 275.

[563] *Vid.* Congreso de los Diputados, resultado de la votación, sesión 167, votación 30, del 20 de diciembre de 2018 (disponible en: https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=167&votacion=30&legislatura=12); CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8.

[564] *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 4.1.2.

[565] Cfr. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 9.

CAPÍTULO III: CARACTERIZACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

1. La contratación del préstamo sin evaluar la solvencia del prestatario de acuerdo con las operaciones previstas en la ley

La contratación del préstamo sin evaluar la solvencia del prestatario supone el incumplimiento de la obligación *de hacer* recogida, tanto en la normativa de carácter general sobre préstamo responsable (art. 29.1 LES, art. 18.1 OTP, y Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012), como en la normativa de carácter especial (art. 14.1 LCC y art. 11.1 LCCI). Como señala el preámbulo de la LCC, «la realización de esta evaluación es obligatoria siempre».

La evaluación de la solvencia que constituye la prestación de la obligación *de hacer* del prestamista –y que hemos definido como obligación *de medios*– consiste en la realización de las operaciones previstas en la ley para analizar la *capacidad de pago* o las *perspectivas de cumplimiento* del prestatario; de tal modo que la falta de realización de todas o alguna de dichas operaciones –que constituyen el objeto de la prestación debida– implicará que el prestamista incurra en incumplimiento. En este sentido, podemos decir que «el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, es un dato común, predicable de cualquier vínculo obligatorio»[566] –ya sea de medios o de resultado–, pues se refiere a la prestación que tiene por objeto: en nuestro caso, como obligación de medios, el prestatario está interesado en el cumplimiento por parte del prestamista de la conducta diligente debida consistente en la realización de las operaciones previstas en la ley para la evaluación de la solvencia.

Como hemos visto[567], La LES y su normativa de desarrollo, y la LCC y la LCCI respectivamente, establecen las operaciones a las que está obligado el prestamista al evaluar la solvencia. La evaluación de la solvencia del prestatario consiste en la realización de todas estas operaciones. No basta con un cumplimiento formal por parte de la entidad alegando la aplicación de protocolos internos con base en su libertad de

[566] Cfr. JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 15.

[567] *Vid.* Capítulo II.

empresa. La pretendida exhaustividad de la regulación (*v.gr.* Anexo 6 de la Circular BdE 5/2012), y la existencia de criterios de los supervisores, como las Directrices emitidas por EBA[568], proporcionan un *puerto seguro* para el cumplimiento normativo de las entidades de crédito[569]; pero también normativizan la diligencia debida por el prestamista en el cumplimiento de su obligación, dando lugar a una responsabilidad *quasi* objetiva; de modo que la falta de realización de todas o alguna de estas operaciones coloca al prestamista en situación de incumplimiento al no cumplir de forma exacta la obligación *de hacer* prevista en la norma.

El art. 12.3 de la LCCI parece reconocer de forma expresa –si bien indirectamente– el incumplimiento que supone la falta de realización de alguna de estas operaciones, en particular, la falta de obtención de la información sobre el prestatario. Así, dispone el precepto que el prestamista advertirá al prestatario que «cuando no sea posible llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el potencial prestatario haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el préstamo no podrá concederse.». De esta forma, se obliga al prestamista a informar de que la falta de información sobre el prestatario impide la evaluación de su solvencia, lo que supone que no pueda otorgarse el préstamo. La norma reconoce así una obligación de no conceder el préstamo si falta la información sobre el prestatario necesaria para la realización del test de solvencia, y el deber de informar de esta obligación de *no hacer* al prestatario.

2. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación

Cumplido el deber de realizar la evaluación de la solvencia de acuerdo con las operaciones previstas en la ley, si su resultado indica que es probable que las obligaciones del contrato se cumplan de acuerdo con sus condiciones (esto es, si su resultado es

[568] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, de 29 de mayo de 2020. Tal y como ha señalado el Banco de España, estas directrices derogan, con efectos el 30 de junio de 2021 (*vid.* Apartado 3 de las Directrices), las *Directrices sobre la evaluación de solvencia* (EBA/GL/2015/11) de 19 de agosto de 2015 (*vid.* https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-06-ES.pdf). Las Directrices de EBA sobre evaluación de la solvencia parten de los principios establecidos por el FSB (*vid.* FINANCIAL STABILITY BOARD: *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting* Practices, April 2012). En este sentido, *vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 12.

[569] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 6.

"positivo"), el prestamista no tiene obligación de contratar, pues se preserva la libertad de contratación y de empresa.

El art. 29.2 *in fine* de la LES reconocía que lo previsto en dicho precepto se entendería «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.». Tras la derogación del apartado 2 del art. 29 de la LES[570], este principio no se recogió en el art. 5 de la LOSEC, si bien se mantuvo en el art. 18.6 de la OTP con el siguiente tenor:

> «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*.»

Aunque se ha considerado que este precepto carece de soporte legal por el hecho de que el art. 5 de la LOSEC no recoja el principio de libertad de contratación más que en lo referente a la publicación por el Banco de España de índices o tipos de referencia[571], entiendo que, dado que nos encontramos ante un principio general recogido a nivel constitucional (art. 38 de la CE), no cabría su excepción de forma tácita, sino que la libertad de contratación debe presuponerse salvo que una norma legal especial indique lo contrario[572].

También la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012 *in fine* recoge este principio:

> «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*.»

---

[570] De conformidad con la letra f) de la Disposición Derogatoria de la LOSEC, «Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a esta Ley y, en particular, las siguientes: (…) f) El apartado 2 del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.». Sin embargo, la versión consolidada del BOE ha mantenido el último inciso del derogado apartado 2, lo que parece tratarse de un error de edición del BOE. Así lo entiende también ZUNZUNEGUI, F. (*vid.* "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 16, 2014, págs. 141-160. Consultado en SSRN, Working Paper, p. 11).

[571] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 16, 2014, págs. 141-160. Consultado en SSRN, Working Paper, p. 11.

[572] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2885.

El Considerando 57 de la DCI recoge este criterio con claridad: «[…] 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.». En caso de contratar, ante un eventual incumplimiento del prestatario, el prestamista quedará exonerado de responsabilidad con base en el resultado positivo del test[573], de modo que se entenderá que el deudor incumple, bien porque carece de voluntad de pago, bien porque carece de capacidad de pago debido a circunstancias sobrevenidas que habrían motivado un sobreendeudamiento pasivo, o como consecuencia de la asunción de excesivos compromisos de pago adquiridos con posterioridad al momento en que se realizó la evaluación de la solvencia. El prestamista no garantiza el cumplimiento del prestatario por el hecho de haber concedido el crédito con base en un test de solvencia positivo[574]. Si el prestamista se informa con la diligencia debida de los indicadores que determinan la capacidad de pago del potencial cliente y «actúa conforme a ellos», su actuación no resultará reprochable[575]. Sin embargo, como veremos a continuación, resulta controvertido qué ocurre si el prestamista actúa en contra del resultado de la evaluación.

2.1. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación en la regulación de carácter general

Como hemos avanzado en epígrafes precedentes, la regulación de carácter general sobre préstamo responsable no prevé expresamente la obligación de que el prestamista deba adecuar la oferta de crédito al resultado del test de solvencia.

[573] En otras palabras, «si, pese a que el resultado de la evaluación haya sido positivo, posteriormente el consumidor incumple sus obligaciones derivadas del contrato de crédito no se transfiere al prestamista la responsabilidad.» (cfr. DIAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", DÍAZ ALABART, S. (Dir.) / REPRESA POLO, M.P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Ed. Reus, Madrid, 2015, p. 253). En el mismo sentido, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[574] *Vid.* DIAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", ob. cit., p. 254; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 763.

[575] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 237.

El art. 18.6 de la OTP (en desarrollo del derogado apartado 2 del art. 29 de la LES[576]), reconoce que la evaluación de la solvencia «se realizará *sin perjuicio de la libertad de contratación*», sin que pueda afectar «a su plena validez y eficacia», y sin que pueda implicar «el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes». Esta misma previsión se incluyó en la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012 *in fine*, destacando la «*plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones* que contractualmente hubieran asumido». Estos preceptos se han interpretado en el sentido de que, lejos de *prohibir* la contratación cuando el test de solvencia indica que es improbable que las obligaciones del contrato se cumplan según sus condiciones (esto es, si su resultado es *negativo*), la normativa parece más bien incidir en la libertad de contratación y en la plena responsabilidad del cliente con respecto a las obligaciones que hubiese asumido al contratar[577].

Sin embargo, desde otro punto de vista, cabe entender que el art. 18.6 de la OTP no avala la concesión del préstamo contrario al resultado del test de solvencia, sino que blinda al prestamista que concede el préstamo con test de solvencia positivo. De acuerdo con esta interpretación, el alcance del art. 18.6 de la OTP consistiría en que no se obliga al prestamista a contratar[578] y, además, se impide que el prestatario pueda exigir responsabilidad a la entidad de crédito en caso de no poder atender sus obligaciones de pago después de haber contratado[579]; lo cual pone de manifiesto el carácter de obligación de medios de la evaluación de la solvencia que hemos sostenido con anterioridad: no cabe responsabilizar al prestamista por el incumplimiento de pago del prestatario con base en

[576] Ya hemos apuntado en otro lugar que el art. 5 de la LOSEC omitió incluir el último inciso del art. 29.2 de la LES al derogar su contenido; y que, de hecho, tal inciso se ha mantenido en BOE, entendemos que por error. *Vid.* Capítulo III, epígrafe 2.2.

[577] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2887.

[578] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., quien señala al analizar el art. 18 de la OTP en el ámbito del crédito inmobiliario, en relación con la DCI: «Ya finalizado el plazo de transposición de la Directiva 2014/17 sin haberse promulgado la correspondiente norma, está claro que la interpretación del Derecho español de conformidad con el europeo exige entender esa libertad únicamente en el sentido de que, aunque la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo, eso no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder el crédito (Cdo 57).» (cfr. "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 10).

[579] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 773.

el test de solvencia positivo, pues la capacidad y voluntad de pago del prestatario exceden el ámbito de control del prestamista.

Esta lectura del art. 18.6 de la OTP –y también, como veremos, del Considerando 56 de la MCD[580]– es coherente con la interpretación teleológica según la cual hemos concluido que el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia supone no solo la realización de las operaciones previstas en la ley para evaluar la «*capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones*» derivadas del préstamo, sino que implica –en atención al interés del acreedor de la obligación– el ajuste de la oferta de crédito al resultado de dicha evaluación.

Por otra parte, la Circular BdE 5/2012, que concreta la aplicación de la OTP, parece corroborar esta interpretación en el apartado 3 de la Norma duodécima, al señalar que las entidades deberán ofrecer a sus clientes «aquellos de sus productos que se adecuen a lo solicitado», teniendo en cuenta la información proporcionada por el propio cliente «sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito». De esta manera, el precepto parece contemplar la posibilidad de que el prestamista incurra en responsabilidad por ofrecer préstamos *inadecuados* –entendida esta adecuación en el marco de la evaluación de la solvencia, de acuerdo con el apartado 1 de la Norma duodécima–.

Por tanto, si bien la literalidad de la normativa de carácter general sobre préstamo responsable no prevé expresamente la obligación de que el prestamista deba adecuar la oferta de crédito al resultado del test de solvencia, una interpretación teleológica de la misma nos conduce a pensar que el art. 18.6 de la OTP no exime de responsabilidad al prestamista que concede crédito en contra del resultado del test de solvencia[581], en particular, cuando dicha concesión es la causa de la situación de insolvencia del prestatario.

Por lo demás, y a los efectos de lo que diremos más adelante sobre la regulación del crédito inmobiliario, hay que tener presente que, con la aprobación de la LCCI y la ulterior

[580] El Considerando 56 de la MCD establece que «[…] 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.».

[581] En contra, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 221-222.

modificación operada en la OTP por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril[582], se excluye definitivamente del ámbito de aplicación del art. 18.6 de la OTP el crédito comprendido en el ámbito de aplicación de la LCCI (cf. art. 2 LCCI). Así, el art. 2.1 de la OTP, en su redacción dada por la Orden ECE/482/2019, extiende su aplicación a los sujetos comprendidos en el ámbito de la LCCI, pero solo en lo relativo a las disposiciones previstas en las secciones 1.ª a 7.ª del capítulo II del título III de la OTP[583]. Deja fuera, por tanto, el art. 18 de la OTP, ubicado en el capítulo I del título III. Como veremos a continuación, esta exclusión de la aplicación del art. 18 de la OTP al crédito sujeto a la LCCI es coherente con la regulación de la evaluación de la solvencia establecida en el art. 11 de la LCCI.

2.2. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación en la regulación del crédito inmobiliario: confrontación doctrinal

Es en el ámbito del crédito inmobiliario donde se produce la mayor confrontación doctrinal en relación con el deber de adecuar la oferta de crédito al resultado del test de solvencia.

La LCCI dispone en su art. 11.5: «*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*». Como hemos visto, de la lectura del precepto se infiere que la LCCI establece la *obligación* de realizar la evaluación y de ajustar la oferta de crédito a su resultado. La misma conclusión se alcanza al analizar la regulación contenida en el art. 18.5 de la DCI de acuerdo con el Considerando 57 de la DCI, que señala que «La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito *debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia*»; de modo que –tal y como ejemplifica el propio Considerando– el prestamista con capacidad de transferir el riesgo crediticio a un tercero no debe ignorar las conclusiones de la evaluación de la solvencia

[582] Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2019).

[583] El párrafo tercero del art. 2.1 de la OTP, en su redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, establece: «1. […] Las disposiciones previstas en las secciones 1.ª a 7.ª del capítulo II del título III serán aplicables a prestamistas inmobiliarios, a intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, tal como se definen en el artículo 4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.».

y ofrecer el crédito a un prestatario con pocas posibilidades de devolverlo[584]. Con base en esta interpretación literal y sistemática, algunos autores han señalado que la expresión del art. 18.5 de la DCI entraña un «mandato imperativo para que los prestamistas se abstengan de concluir el contrato»[585].

Sin embargo, la doctrina no es unánime en torno a esta cuestión. Frente a quienes ven en el art. 18.5 de la DCI una «prohibición»[586] de contratar cuando el resultado del test de solvencia es negativo, voces igualmente autorizadas han llegado a la conclusión opuesta en su interpretación del art. 18.5 de la DCI, señalando que debe entenderse como «un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto –insisto– de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo.»[587]; de modo que «la novedad de la

[584] A fin de evitar esta actuación, el Considerando 57 de la DCI dispone que «Los Estados miembros deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia».

[585] Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 9.

[586] Entre quienes sostienen que la DCI *prohíbe* conceder el crédito con test de solvencia negativo se encuentran: GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 221-22 (si bien, critica esta disposición, *vid*. Ibidem, pp. 238-239); ZUNZUNGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", ob. cit., pp. 141-160, consultado en SSRN, Working Paper, p. 9 y ss.; "Prohibición de dar crédito sin test de solvencia", ob. cit.; "Evaluación de la solvencia", ob. cit., pp. 4; 16 (si bien de manera más matizada); ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 4, p. 8, p. 9; "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas; ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ob. cit., pp. 56-57; "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", ob. cit., p. 16; SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 5, 1, 2016, p. 326; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas. También NASARRE AZNAR, S. / SIMÓN MORENO, H., al analizar la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación del Código de consumo de Cataluña, destaca que la prohibición de contratar con test de solvencia negativo que en ella se contiene «Se trata, de nuevo, de una prohibición taxativa (que respeta el espíritu original del Borrador de 2011) y sin excepciones que bien cabe en el art. 18 Directiva 2014/17/UE.» (cfr. "Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 139, 2015, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas).

[587] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2895.

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, lo que presupone que el contrato se ha celebrado y es válido.»[588]. En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación, el art. 11.5 de la LCCI que transpone esta previsión debe entenderse en el sentido de que «no hay prohibición de contratar», y que la contratación en contra del resultado del test de solvencia «debe tener algún tipo de consecuencia, *pero solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato*»[589].

La autora llega a esta conclusión a través de una interpretación teleológica de la norma en relación con sus efectos. Así, critica que, quienes consideran que la norma entraña una *prohibición* de contratar, anudan a su contravención sanciones civiles, bien de nulidad radical del contrato por contravenir una norma imperativa (ex art. 6.3 CC)[590], bien de incumplimiento contractual por vulneración de una norma de conducta, con la correspondiente indemnización; soluciones que, además de técnicamente discutibles –señala–, resultarían perjudiciales para el cliente, que «debería demandar a la entidad

[588] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2896.

[589] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 6.

En este sentido, entre quienes sostienen que la DCI no *prohíbe* conceder el crédito con test de solvencia negativo, *vid.* LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, ob. cit., p. 300; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 778-779. También DIAZ ALABART, S., quien, si bien aboga por una norma de transposición de la DCI que establezca que «si el resultado de la evaluación de la solvencia del consumidor da un resultado negativo el prestamista no podrá celebrar el contrato o, si lo celebra carecerá de eficacia.», pues señala que, de otra forma, las disposiciones contenidas en la DCI «perderían gran parte de su utilidad», apunta que la prohibición legal de poner el crédito a disposición del consumidor «no parece que pueda seguirse sólo del tenor del art. 18 DCH.» [cfr. "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", ob. cit., pp. 256-257]. Por su parte, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. señala que, aunque la DCI no prohíbe expresamente la concesión de crédito cuando la evaluación de la solvencia es negativa, la finalidad de la norma y la «actuación irresponsable» que contribuyó a la crisis financiera, que motivó normas como la DCI «para poner freno a estas prácticas», le lleva a concluir que «un resultado negativo debería implicar la negación de la concesión del crédito» [cfr. "Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de ley de su transposición al ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 65, enero-marzo 2018, pp. 11-35, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas]; y MELERO BOSCH, L. V. se muestra contraria a las consecuencias jurídicas derivadas de considerar que existe prohibición, si bien no se pronuncia expresamente sobre la calificación jurídica de la norma (*vid.* "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.).

[590] Con cita a ZUNZUNGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", ob. cit., pp. 141-160, consultado en el Working Paper 2/2015 de la *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, p. 20; y NASARRE AZNAR, S. / SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014", ob. cit.

financiera para provocar la ineficacia del contrato, devolver el préstamo perdiendo el beneficio del plazo y cargar con los costes de reclamar daños y perjuicios al prestamista», inconvenientes a los que habría que sumar «los problemas probatorios del daño y el papel del prestatario en la operación por cuanto ha aceptado un préstamo sin tener capacidad de reembolso». En suma, con este planteamiento se estaría violentando el objetivo de protección al consumidor de la DCI y el art. 38 de la Directiva, al tratarse de sanciones que no resultarían disuasorias. Por ello, se señala –*lege ferenda*– que la transposición adecuada de la Directiva debiera haber incluido sanciones que incidieran en la eficacia del contrato y que resultasen beneficiosas para el prestatario, como la posibilidad de oponer por vía de excepción –cuando el prestamista reclamara el cumplimiento– la concesión del préstamo en contra del resultado negativo del test de solvencia y, en caso de apreciarse tal circunstancia, la imposición al prestamista de la pérdida de intereses moratorios y remuneratorios; además de otras, como la subordinación en sede concursal del crédito irresponsable[591].

[591] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 7. En esta línea, MARÍN LÓPEZ, M. J., si bien sostiene que el art. 18 de la DCI y su transposición en el art. 11.5 de la LCCI entrañan una «prohibición» de contratar, señala: «En realidad, una correcta regulación de esta materia no requiere determinar si existe o no una prohibición de celebrar el contrato crediticio, sino establecer un sistema de sanciones civiles lo suficientemente disuasorio como para que el prestamista no celebre el contrato. Repárese en que si se configura como una prohibición de contratar, la violación de la misma podría provocar la nulidad del contrato ex art. 6.3 CC, y esta sanción es poco apropiada para el prestatario, que se vería obligado a restituir de una vez todo el capital prestado. Lo correcto, por tanto, es poner el foco en esas sanciones que han de afectar a la relación jurídico-privada del prestamista y el prestatario.» (cfr. "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas).

Entiendo que esta interpretación –propia de la aplicación de la jurisprudencia de intereses, frente a la jurisprudencia de conceptos[592]–, es la más ajustada al espíritu de la DCI, además de la que proporciona unos efectos más eficaces tanto para combatir el préstamo irresponsable, como para preservar el negocio bancario y el funcionamiento del mercado de crédito.

En esta línea, entiendo que el art. 18.5 de la DCI, transpuesto en el art. 11.5 de la LCCI, establece el deber del prestamista de ajustar el contrato de crédito ofrecido al resultado de la evaluación, pero la DCI no pretende *prohibir* el préstamo cuando el test de solvencia tiene un resultado *negativo*, sino fomentar el préstamo ajustado al resultado del test. La diferencia es sutil pero relevante, y se refleja con nitidez en la distinta redacción dada al precepto en la propuesta de DCI y en la Directiva finalmente adoptada.

La propuesta de DCI establecía en el apartado 2 del art. 14 «la obligación de que el prestamista deniegue la concesión del crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos»[593]:

---

[592] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2896.

El Diccionario del español jurídico define la «jurisprudencia de conceptos» como la «Expresión máxima de la dogmática jurídica tradicional, consistente en entender el Derecho como un sistema de conceptos relacionados estrechamente entre sí y de los cuales derivan las normas jurídicas mediante algún género de razonamiento deductivo o inductivo» (cfr. «Jurisprudencia de conceptos», *Diccionario del español jurídico*, Real Academia Española. Disponible en: https://dej.rae.es/lema/jurisprudencia-de-conceptos). Por su parte, se define la «jurisprudencia de intereses» como la «Tendencia de la ciencia del derecho crítica con la jurisprudencia de conceptos y que propone en su lugar la interpretación de las leyes, la construcción del sistema por medio de la indagación de los intereses protegidos y su jerarquía en el seno del ordenamiento jurídico.» («Jurisprudencia de intereses», *Diccionario del español jurídico*, Real Academia Española. Disponible en: https://dej.rae.es/lema/jurisprudencia-de-intereses).

De acuerdo con la «jurisprudencia de conceptos», el sistema de normas se entiende como un sistema de conceptos lógicamente relacionados, de modo que la labor interpretativa se propone encontrar un significado objetivo de los preceptos jurídicos, que incluso puede ser diverso al significado tenido en cuenta por el autor de la norma [*vid.* PICCATO RODRÍGUEZ, A. O.: *Teoría del derecho*, IURE editores, Ciudad de México (México), 2017, pp. 200-202; que señala como principal exponente de esta teoría a Putcha (siguiendo a Savigny), y al *primer* Ihering]. Por su parte, la «jurisprudencia de intereses» pretende ser más pragmática, considerando el derecho como resultado de una diversidad de intereses, de manera que la ciencia jurídica debe conocer históricamente los intereses que subyacen a la ley y tenerlos en consideración a la hora de aplicarla a los casos concretos; hasta el punto de que «el juez de convierte en una suerte de sociólogo o historiador, cuya función es indagar ese universo tan complejo y confuso que son los intereses detrás de la ley para tenerlos en cuenta al resolver las cuestiones que le son sometidas», otorgando al juez una «libertad de creación jurídica» para superar las limitaciones del derecho creado por el legislador (*Vid.* PICCATO RODRÍGUEZ, A. O., ob. cit., pp. 202-204; señalando como principal exponente de esta teoría a Philipp Heck, como continuador del cambio de postura que vivió Ihering –primero militante de la jurisprudencia de conceptos, y luego precursor de la jurisprudencia de intereses–).

[593] Cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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)], Exposición de Motivos, p. 12.

«2. Los Estados miembros velarán por que:

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. […]»

A este respecto, el Considerando 25 declaraba que «Toda evaluación de solvencia negativa indicará al prestamista que el consumidor no tiene la capacidad de hacer frente al crédito, por lo que no debe concedérsele»[594].

Sin embargo, el texto de la DCI finalmente adoptado señala en su art. 18.5:

«5. Los Estados miembros velarán por que:

a) el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato; […]»

Con este tenor, la Directiva elimina la referencia al resultado «negativo» del test, y pone el foco en la *probabilidad* de que las *obligaciones derivadas del contrato se cumplan según lo establecido en él*, es decir, según las condiciones del contrato. De este modo, se reconoce el margen del prestamista para decidir sobre la concesión o no del préstamo atendiendo al resultado de la evaluación y las condiciones establecidas en el contrato: la *probabilidad* de cumplimiento puede ser mayor o menor, y el prestamista tiene la discrecionalidad de conceder el préstamo –de acuerdo con los protocolos internos de gestión de riesgo de la entidad–, o de ajustar las condiciones del contrato para que la probabilidad de cumplimiento aumente[595]. Sin embargo, tal y como apuntó el Comité

[594] Cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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)], Considerando 25, p. 21.

[595] En este sentido, *vid.* FINANCE WATCH: «Adequate creditworthiness assessments (CWA) are one of the key tools to avoid mis-selling of consumer credit and thereby avoid over-indebtedness. An adequate CWA is one which assesses whether a consumer is able to afford a credit and to allow the credit provider to adjust its credit offer in amount, duration and cost in order for the credit to be affordable for the customer.» (cfr. *Consumer credit market malpractices uncovered*, February 2021, p. 18). La autoridad de conducta de Reino Unido proporciona un ejemplo de buena práctica en este sentido en su guía para la puesta en práctica de su nueva *Consumer Duty*: «Example – good practice: A consumer credit firm designed a lending product with late payment fees. The target market included customers who are likely to be less financially resilient. In its review of the product, the firm identified that a sizeable proportion of its customers were not making payments on time and were paying substantial sums in late payment fees. The firm investigated why this was the case and took action to mitigate the situation and prevent further harm. The firm reconsidered its approach to assessing creditworthiness and made its payment terms more flexible, to help make payments more manageable. (…) As the target market included customers with characteristics of vulnerability, the firm paid particular attention to mitigating the risks to which they would likely be exposed.» (cfr. FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: *Finalised Guidance FG22/5 Final non-Handbook Guidance for firms on the Consumer Duty*, July 2022).

Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la propuesta de DCI, la decisión que adopte el prestamista no es inocua, sino que tiene repercusión en caso de que el prestatario no pueda atender sus obligaciones de pago: «El objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. *En el caso de impago*, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista.»[596].

A este respecto, las normas sobre evaluación de la solvencia deben ponerse en relación con el resto de las normas de conducta aplicables al mercado de crédito, entre las que se encuentran las normas sobre gobernanza de productos («*product oversight rules*» o «*product governance rules*», en su terminología anglosajona), dirigidas a preservar el interés del prestatario desde el diseño del producto, atendiendo al mercado objetivo predefinido por el diseñador y que condiciona su comercialización. Se trata de normas de profundo calado que, si bien han sido desarrolladas con mayor detalle −por el momento− en el ámbito del mercado de valores[597], también están presentes en la DCI, en cuyo art. 7.1 establece:

[596] Cfr. 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)] (2011/C 318/22), Ponente: Reine-Claude MADER, DOUE 29.10.2011, C 318/135-136. En este sentido, *vid.* LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, ob. cit., p. 300. También ÁLVAREZ OLALLA, P., quien señala: «Es defendible apelar a la libertad de empresa cuando las consecuencias de las decisiones empresariales inapropiadas las sufre la propia empresa y, como mucho, determinados acreedores que le suministraron crédito financiero o comercial (proveedores), para lo cual debieron realizar previamente su correspondiente análisis o evaluación de solvencia. La cosa cambia cuando las decisiones *irresponsables* de las empresas las tenemos que asumir todos, a fin de no hacer peligrar los depósitos de los clientes bancarios y el sistema financiero en su conjunto.» (cfr. "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 780).

[597] *Vid.* Art. 24.2 de la MiFID II: «Las empresas de servicios de inversión que diseñen instrumentos financieros para su venta a clientes deberán garantizar que dichos instrumentos estén diseñados para responder a las necesidades de un mercado destinatario definido de clientes finales dentro de la categoría de clientes pertinente y que la estrategia de distribución de los instrumentos financieros sea compatible con el mercado destinatario definido, debiendo adoptarse asimismo medidas razonables para garantizar que el instrumento se distribuya en el mercado destinatario definido.», en relación con los arts. 9.3, 16.3 y 24.1 de la MiFID II; desarrollados en los arts. 9 y 10 de la Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios; y concretados a través de las Directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA, por sus siglas en inglés, comúnmente utilizadas) sobre los requisitos de gobernanza de productos en virtud de MiFID II, de 5 de febrero de 2018 (ESMA35-43-620).

«Los Estados miembros exigirán que, al elaborar productos crediticios o conceder créditos, o prestar servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el crédito y, en su caso, servicios accesorios a los consumidores, o cuando ejecuten un contrato de crédito, los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores. Por lo que se refiere a dicha concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer un consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito. En cuanto a la prestación de servicios de asesoramiento, la actividad se basará también en la información requerida en el artículo 22, apartado 3, letra a).»

La aplicación de este precepto ha sido concretada por la Autoridad Bancaria Europea ("EBA", por sus siglas en inglés, comúnmente utilizadas) en sus directrices sobre gobernanza de productos[598], adoptadas como propias por el Banco de España[599]. En ellas, el supervisor europeo establece la obligación de los diseñadores de los productos (prestamistas, cf. art. 4.2 DCI) de establecer, implementar y revisar procedimientos eficaces de gobernanza y vigilancia de productos, que tendrán como objetivo garantizar que, al diseñarlos y comercializarlos, se eviten posibles perjuicios al consumidor, se tengan en cuenta sus intereses, objetivos y características, y se minimicen los conflictos de intereses[600].

En relación con los diseñadores, las Directrices disponen que deberán establecer los pasos y medidas que deben seguirse para identificar el mercado objetivo de cada producto (esto es, el conjunto de «consumidores finales definidos por el diseñador para los que se ha diseñado el producto»[601]), y garantizarán que el producto se ajuste a los intereses,

[598] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista*, EBA/GL/2015/18, 22 de marzo de 2016, de aplicación desde el 3 de enero de 2017. Si bien su ámbito de aplicación incluye a los diseñadores y distribuidores de productos que se ofrezcan y vendan a consumidores en relación con el art. 7.1 de la DCI (entre otros preceptos que exceden el ámbito de nuestro estudio), se sugiere a las autoridades nacionales que se planteen la posibilidad de aplicarlas a otras entidades «como los intermediarios de crédito al consumo», y que valoren la conveniencia de extender los mecanismos de protección que en ellas se definen a otro público diferente de los consumidores «como las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (pymes)» (cfr. Ámbito de aplicación, pp. 4-5).

[599] Estas directrices fueron adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España en su sesión de 6 de mayo de 2016 (*vid.* https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/eba-gl-2015-18_es-pub.pdf).

[600] *Vid.* Apartado 1.1 de la Directriz 1 de EBA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18), en relación con las definiciones establecidas en el mismo documento (p. 6).

[601] Cfr. Definición de «mercado objetivo», p. 6 de las Directrices de EBA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18).

objetivos y características del mercado objetivo identificado. Más aún, el diseñador deberá diseñar y comercializar solamente productos cuyas características, costes y riesgos asociados se ajusten a los intereses, objetivos y características del mercado objetivo, y aporten un beneficio a dicho mercado, debiendo tener en cuenta el grado de conocimientos financieros del mismo a la hora de decidir si un producto encaja o no con sus intereses, objetivos y características[602]. Iniciada la comercialización, el diseñador será el responsable último de hacer el seguimiento continuado del producto para garantizar que se siga ajustando a los intereses, objetivos y características de los consumidores[603].

Las Directrices también establecen criterios de gobernanza para los distribuidores, que deberán contar con procedimientos eficaces de gobernanza y vigilancia de productos diseñados para tener en cuenta los intereses, objetivos y características de los consumidores al comercializar los productos[604]. El distribuidor deberá tener en cuenta la información facilitada por el diseñador para reconocer el mercado objetivo para el que se ha diseñado el producto, así como los segmentos de mercado para los cuales se considera probable que el producto no encaje[605], y únicamente venderá el producto a un consumidor que no pertenezca al mercado objetivo en casos justificados y justificables ante el diseñador; para quien, además, deberá recopilar la información que le permita realizar el seguimiento continuado del producto[606].

[602] *Vid.* Directriz 3 de EBA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18), en relación con las definiciones establecidas en el mismo documento (p. 10).

[603] *Vid.* Directrices 5 y 12 de EBA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18), en relación con las definiciones establecidas en el mismo documento (p. 11).

[604] *Vid.* Directriz 9 de EBA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18), en relación con las definiciones establecidas en el mismo documento (p. 13).

[605] *Vid.* Directriz 11 en relación con la Directriz 8, según la cual el diseñador deberá facilitar al distribuidor «una descripción de las principales características del producto, sus riesgos y limitaciones, y el precio total (que conozca o sea razonable esperar que conozca el diseñador) que deberá satisfacer el consumidor, incluyendo todas las comisiones y demás gastos aplicables», teniendo en cuenta que la información facilitada deberá incluir todos los detalles necesarios para que los distribuidores puedan «identificar el mercado objetivo para el que se ha diseñado el producto» y «los segmentos de mercado con cuyos intereses, objetivos y características se considera probable que el producto no encaje» [cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista*, EBA/GL/2015/18, 22 de marzo de 2016, p. 12].

[606] *Vid.* Directriz 12 de EBA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18), en relación con las definiciones establecidas en el mismo documento (p. 14).

En definitiva, de acuerdo con la interpretación de la EBA asumida por el Banco de España, los distribuidores de productos de crédito sujetos a la DCI deberán tener en cuenta a la hora de comercializarlos el mercado objetivo predefinido por los diseñadores del producto, de manera que únicamente podrán separarse del mismo por causas justificadas.

Una interpretación sistemática de la normativa sobre evaluación de la solvencia en relación con las normas sobre gobernanza de productos nos indica que el prestamista está obligado a ajustar la oferta de crédito de acuerdo con el resultado del test de solvencia, pues dicha evaluación es precisamente la que permite identificar si el potencial prestatario se encuentra incluido en el mercado objetivo del préstamo en las condiciones establecidas en el contrato. Así lo ha concluido la EBA, que ha señalado como buena práctica la identificación del mercado objetivo mediante la evaluación de la solvencia[607]. Si no lo está, el prestamista puede ajustar las condiciones del préstamo, o bien ofrecerle otro diseñado para el mercado objetivo al que pertenece el prestatario y al que ha quedado adscrito de acuerdo con la evaluación de su solvencia. Por tanto, el test de solvencia nunca resultaría *negativo* con carácter general, sino para unos contratos en particular, en unas determinadas condiciones financieras, por lo que un producto de crédito diseñado con distintas condiciones podría conllevar que el prestatario obtuviese un resultado positivo en la evaluación de su solvencia[608].

¿Prevé, entonces, la DCI una obligación de denegar el crédito si el resultado de la evaluación indica que el cumplimiento del contrato es improbable atendiendo a sus condiciones?

Con este enfoque, entiendo –en la línea de la doctrina antes citada– que la Directiva pretende responsabilizar al prestamista cuando el prestatario *incumpla* las obligaciones establecidas en el contrato si el resultado de la evaluación de la solvencia indicaba que era *improbable* que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplieran según lo establecido en él. El resultado de la evaluación aparece, por tanto, como una invitación al prestamista a que modifique las condiciones del contrato para ajustarlas al resultado de la evaluación o, en caso contrario, a denegar el crédito. El contrato suscrito será en todo

[607] *Vid.* EUROPEAN BANKING AUTHORITY: Second EBA report on the application of the guidelines on product oversight and governance (POG) arrangements (EBA/GL/2015/18), EBA/REP/2020/28, p. 20.

[608] Así lo apunta ARROYO AMAYUELAS, E. (*vid*. "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 12).

caso válido; pero, si el prestatario incumple, el prestamista deberá responder de la falta de adecuación de la oferta de crédito al resultado de la evaluación. Así lo reconoce el Considerando 57 de la DCI al señalar que «La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito *debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia*».

Esta interpretación es conforme, no solo con la letra de la norma, sino con el criterio expresado por el legislador comunitario en el Considerando 57 de la DCI. A mayor abundamiento, el TJUE parece sostener esta misma interpretación al haber manifestado –aunque en un pronunciamiento *obiter dictum*, al abordar la interpretación del art. 8 de la DCC en relación con la obligación de abstenerse de conceder crédito con test de solvencia negativo prevista en una legislación nacional–, que la DCI «demuestra la voluntad del legislador de la Unión de responsabilizar a los prestamistas, al establecer, en su artículo 18, apartado 5, letra a), que los Estados miembros 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».»[609].

Esta interpretación, además, preserva la libertad de empresa y, en particular, la asunción de riesgos que es consustancial al ejercicio de cualquier actividad empresarial y que, en el caso de las entidades financieras, «constituye la razón de su existencia» con el objetivo de obtener una rentabilidad[610]. Así, el riesgo de crédito es el principal asumido en la función de intermediación entre el ahorro y la inversión, consistente en «la probabilidad de incurrir en una pérdida futura derivada del incumplimiento en tiempo o en forma de las obligaciones crediticias de un cliente», y tradicionalmente se ha entendido

[609] Cfr. STJUE (Sala Primera) de 6 de junio de 2019, en el asunto C‑58/18, Michel Schyns y Belfius Banque SA (ECLI:EU:C:2019:467), apartado 46.

[610] Cfr. BALBUENA RIVERA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., pp. 118-119. En este sentido, explica el autor que, para preservar el margen de intermediación (diferencia entre lo que la entidad cobra por sus créditos e inversiones y lo que paga a los depositantes por sus depósitos), el tipo de interés activo tiene dos componentes: el rendimiento financiero puro y la prima de riesgo, esto es, «la cantidad que corresponde a las pérdidas probables que se derivarán de las operaciones y que debe ser cubierta en consecuencia por la cuenta de resultados» o, dicho de otra manera, la repercusión de un coste futuro. De este modo, el coste crediticio, entendido como «la materialización de la prima de riesgo (el que se deriva de las pérdidas de crédito que tiene como reflejo) en las cuentas de resultados de las entidades en forma de provisión por insolvencias o por deterioro de los activos.», actúa indirectamente como mecanismo de control de riesgo, «ya que los resultados actuales son la manifestación del riesgo asumido en el pasado» (cfr. "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio", ob. cit., p. 122).

como una perturbación inevitable de la actividad financiera que requería ser controlada y limitada en lo posible; pero no eliminada, pues «se debe entender que la asunción de riesgo es parte inherente de la actividad bancaria ordinaria»[611]. *Prohibir* que las entidades concedan créditos cuando el test de solvencia es negativo supone cercenar su negocio. En cambio, *fomentar* que ajusten los términos de sus contratos al resultado de la evaluación a riesgo de que, si el prestatario incumple, deberán responder de su préstamo irresponsable, favorece la actuación responsable de los prestamistas respetando su negocio.

Ahora bien, la condición para que esta interpretación permita alcanzar el objetivo de protección del prestatario, evitando su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia –que constituye, como hemos visto, el núcleo de la prestación que le satisface como acreedor de la obligación accesoria de evaluar la solvencia–, pasa necesariamente por el establecimiento en la norma de transposición nacional de sanciones *efectivas* –que dejen indemne al prestatario sobreendeudado–, proporcionadas y, sobre todo, *disuasorias* (cf. art. 38 DCI), que podrían consistir –como se ha dicho– en la pérdida de intereses moratorios y remuneratorios cuando se alegue por el prestatario, por vía de excepción frente a la reclamación del prestamista, la concesión del préstamo en contra del resultado negativo del test de solvencia[612].

Así se preveía en la enmienda núm. 186 (votada como enmienda núm. 182) presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en relación con el Proyecto de LCCI, conforme a la cual se establecía en el apartado 8 del art. 9:

> «8. Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación

[611] Cfr. BALBUENA RIVERA, M., ibidem, p. 120. En este sentido, señala CUENA CASAS, M.: «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 privado. 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.» (cfr. "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2895).

[612] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 7.

realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.

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

La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista.»[613]

Esta enmienda, sin embargo, fue finalmente rechazada a falta de un solo voto[614], y la transposición de la DCI finalmente en la LCCI no contempla sanciones que afecten a la eficacia del contrato, sino que se limita a establecer sanciones administrativas.

De esta forma, el cliente que incumple como consecuencia de no poder atender sus obligaciones nacidas de un préstamo concedido en contra del resultado negativo del test de solvencia queda absolutamente desprotegido; más aun teniendo en cuenta que las sanciones administrativas ni siquiera tienen un verdadero efecto disuasorio de la mala conducta. Con ello se otorga a la regulación los efectos de una norma meramente prudencial para preservar los intereses de la entidad y la estabilidad del sistema, y se priva al prestatario de una verdadera protección para la prevención de su sobreendeudamiento que constituye el objetivo principal de la normativa de evaluación de la solvencia, tal y

[613] Cfr. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, pp. 275-276. También el Partido Socialista, en su enmienda núm. 99, proponía la modificación del apartado 4 del art. 9 del Proyecto de LCCI con el fin de añadir una previsión de una sanción civil consistente en la exoneración total de los intereses remuneratorios y de demora en caso de incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario cuando se hubiese producido una incorrecta evaluación de la solvencia (*vid.* Ibidem, p. 196).

[614] *Vid.* Congreso de los Diputados, resultado de la votación, sesión 167, votación 30, del 20 de diciembre de 2018 (disponible en: https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=167&votacion=30&legislatura=12); analizado con dureza por CUENA CASAS, M.: «Pues bien, el PSOE retiró la enmienda y la mantuvo el Grupo Parlamentario de Ciudadanos votándose como enmienda n.º 182. Curiosamente el PSOE vota en contra de algo que primero defendió. La votación se perdió por UN VOTO: 165 votos a favor y 166 en contra. Tal y como consta en los resultados de la votación, la enmienda fue apoyada por Ciudadanos, Partido Popular, Grupo Parlamentario Mixto, un diputado de Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos. Sorprendentemente la votación se pierde por la votación en contra de una diputada del Partido Popular y por no acudir a votar una diputada del Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Bastan dos votos para que el sistema de préstamo hipotecario responsable no prospere. Lo que el PSOE defendió cuando lo proponía su partido, es votado en contra cuando lo propone otro. Así nos va cuando falta sentido de Estado y solo prevalecen los intereses partidistas.» (cfr. "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8).

como ha criticado la doctrina[615]. En consecuencia, la falta de sanciones civiles expresamente previstas en la ley supone una incorrecta transposición de la DCI[616].

Lo anterior obliga a los operadores jurídicos a recurrir al Derecho común para anudar consecuencias jurídicas en el ámbito contractual al incumplimiento de la obligación de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación.

Atendiendo al carácter imperativo de la norma de conducta que define la obligación contractual accesoria de adecuar la oferta de crédito al resultado del test de solvencia, la consecuencia jurídica de su contravención será la establecida en el art. 6.3 del CC: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto* para el caso de contravención.». La aplicación de este artículo no conllevará –como veremos– la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato, sino que implicará la imposición de las sanciones administrativas previstas en la propia regulación sobre préstamo responsable. Además –y sin perjuicio de lo anterior–, el carácter de obligación contractual accesoria del deber de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación de la solvencia permitirá –como desarrollaremos también más adelante– que el prestatario exija al prestamista, conforme al art. 1101 del CC, una indemnización por su responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones, cuando tal incumplimiento sea la causa de su estado de insolvencia –actual o inminente–.

[615] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2885-2887. En este sentido, destaca ÁLVAREZ OLALLA, P.: «De poco nos vale una normativa que, de un modo más o menos enérgico, *prohíba* la concesión del préstamo en caso de evaluación negativa, si la contravención no trae consigo una consecuencia cuya imposición tenga un impacto significativamente negativo para el prestamista, y eso es lo que ocurre exactamente en nuestro país, en el que no se han regulado las sanciones de Derecho privado, sino sólo las administrativas.» (cfr. "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, ob. cit., p. 781).

[616] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 7.

El incumplimiento, por tanto, no tendrá efectos sobre la validez del contrato, sino sobre su eficacia[617]: conllevará, además de la eventual imposición de una sanción administrativa a la entidad de crédito, la posible exigencia por el prestatario de responsabilidad civil contractual (ex art. 1101 CC).

Como se ve, las consecuencias de la falta de previsión de sanciones civiles en la LCCI son graves: por una parte, el prestamista podrá ser objeto de sanción administrativa en todo caso si concede el crédito sin ajustar sus condiciones al resultado de la evaluación, independientemente de si el prestatario cumple o no con sus obligaciones de pago; y, por otra parte, la demanda de responsabilidad civil contractual deberá instarse por el prestatario ante la jurisdicción civil –asumiendo los correspondientes costes del procedimiento–, y exigirá que el cliente acredite el daño sufrido como consecuencia del incumplimiento de la entidad, debiendo probar la relación de causalidad. En este sentido, como veremos con detalle en epígrafes siguientes, el cliente no podrá reclamar a la entidad una indemnización del daño causado si no logra probar que su insolvencia –siquiera inminente– es consecuencia del sobreendeudamiento causado por la entidad al haberle otorgado un préstamo a pesar de haber obtenido un resultado negativo en la evaluación de su solvencia. Esta prueba de la insolvencia no requiere necesariamente que el cliente haya incurrido en impago de sus obligaciones contractuales[618]. Si bien este

[617] En el mismo sentido *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Teniendo en cuenta lo dicho, podemos replantearnos la pregunta ¿está prohibido dar crédito existiendo evaluación negativa? La respuesta será la misma que le daríamos al interrogante ¿está prohibido que un vendedor, incumpla el contrato de compraventa? La respuesta será que sí, pues interpretado el art. 1255 CC, entre otros, a contrario sensu, el vendedor está obligado a cumplir con lo pactado. Ahora bien, en caso de que el vendedor no cumpla lo pactado, la consecuencia no es la nulidad del pacto *ex* art. 6.3 CC. Ello por el motivo de que el ordenamiento ha establecido un efecto diferente para la contravención: el contrato no es nulo, es válido, y la «patología» de ese contrato se reconduce a la ineficacia: por ello va a ser objeto de una sanción específica por incumplimiento (en el caso del vendedor, acción resolutoria, de saneamiento, o de cumplimiento forzoso más la indemnización correspondiente). Es cierto que, en nuestro caso, resulta más difícil reconducir al ámbito de la ineficacia un defecto que se genera en el mismo momento de la celebración del contrato –incluso antes de su concertación, en realidad. Pues tales defectos suelen considerarse defectos de validez. Pero también es cierto que hacerlo escapar del régimen de la nulidad es el único modo de ofrecer una solución satisfactoria a los intereses en juego, en el ámbito de las sanciones de Derecho privado. En definitiva, ello sólo supondría aplicar una sanción diferente para el caso de contravención, alternativa que permite el art. 6.3 CC *in fine*.» (cfr. "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, ob. cit., pp. 781-782). Con anterioridad, CUENA CASAS, M. ya había negado los efectos sobre la validez del contrato en caso de no adecuar el crédito al resultado del test de solvencia (*vid.* "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 56, 24 de julio de 2014). También DIÁZ ALABART, S., quien señala que «la validez de los contratos de crédito hipotecario sobre bienes inmuebles es una de las cuestiones que exceden del ámbito de la DCH» (cfr. "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", ob. cit., p. 255).

[618] En el mismo sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 785.

incumplimiento de pago constituye un indicio de que el préstamo no debía haberse concedido, no es un requisito *sine qua non* para interponer la demanda contra la entidad de crédito. Lo que sí es indispensable para que dicha demanda prospere –como en cualquier reclamación de responsabilidad civil contractual– es que el cliente acredite el daño y la relación de causalidad; prueba cuya dificultad resta efectividad a esta consecuencia jurídica.

De este modo, lo que podía haber consistido en un régimen de préstamo responsable protector del prestatario a la vez que respetuoso con la esencia del negocio bancario y el funcionamiento del mercado de crédito, como consecuencia de la falta de armonización en la DCI de las sanciones previstas frente al incumplimiento, ha cristalizado en un régimen nacional que prevé la posibilidad de sancionar al prestamista antes de que se produzca el incumplimiento de pago del cliente y obliga al prestatario –a la postre, sobreendeudado– a entablar una acción de responsabilidad de resultado incierto y costes eventualmente elevados si quiere reclamar el préstamo que le fue concedido sin ajustarse al resultado del test de solvencia. La transposición de la DCI al Derecho español no puede ser, por tanto, más criticable.

Además de todo lo antedicho, razones de utilidad social aconsejaban una transposición en la línea de la interpretación apuntada, pues la limitación del mercado de crédito no interesa a nadie, y desde luego no es eso lo que pretende la DCI. En el marco de su política de riesgos, forma parte del negocio de las entidades de crédito arriesgarse en casos en los que, no estando plenamente garantizada la solvencia, la concesión de crédito puede ser deseable (*v.gr.* estudiantes, emprendedores)[619]. La norma debe fomentar que el prestamista *ajuste* las condiciones del contrato de acuerdo con el resultado de la evaluación a través de un régimen de sanciones disuasorias que impliquen su responsabilidad en caso de que el prestatario no pueda atender sus obligaciones de pago como consecuencia de haberle otorgado un préstamo que no era coherente con el resultado de la evaluación de su solvencia.

Un ejemplo de la importancia de ajustar la oferta de crédito y no prohibir la financiación lo hemos visto durante la crisis del COVID-19 vivida en la primavera de

[619] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 238-239; CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2895.

2020. El confinamiento obligado para frenar la pandemia y las medidas de distanciamiento social que afectaron a los negocios colocaron en una situación de asfixia financiera a miles de empresarios y familias. Para paliar estos efectos, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 estableció –entre otras medidas, como la moratoria de deuda hipotecaria– la aprobación de una línea para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación otorgada por entidades financieras a empresas y autónomos (art. 29 del Real Decreto-ley), en los siguientes términos:

> «1. Para facilitar el mantenimiento del empleo y paliar los efectos económicos del COVID-19, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital otorgará avales a la financiación concedida por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico, entidades de pagos a empresas y autónomos para atender necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, pago de nóminas y a proveedores, necesidad de circulante, vencimientos de obligaciones financieras o tributarias u otras necesidades de liquidez. También se podrán destinar los avales a la Compañía Española de Reafianzamiento, Sociedad Anónima (CERSA) así como a pagarés incorporados al Mercado de Renta Fija de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (AIAF) y al Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF).»

Así, atendiendo a la situación excepcional del mercado, el Gobierno favoreció el otorgamiento de financiación –a pesar de la más que probable evaluación *negativa* de solvencia en muchos casos– mediante la cobertura por cuenta del Estado del riesgo de impago. Se fomentaba así, tácitamente, que se excepcionara el criterio previsto en la normativa general sobre préstamo responsable según el cual la prestación de garantías no debe ser determinante para la obtención de una evaluación *positiva* de solvencia (cf. Apartado 1 del Anejo 6 de la Circular BdE 5/2012). Esta regulación muestra cómo, en determinadas circunstancias, es deseable la concesión de financiación a clientes con pocas probabilidades de cumplimiento, pero con capacidad de otorgar garantías.

La Propuesta de DCC 2021 confirma este enfoque al establecer, en línea con la DCI, la obligación de que el prestamista ajuste la oferta de crédito al resultado de la evaluación de la solvencia, sin perjuicio de establecer que «en caso de que dicha evaluación sea negativa, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa pueden, *excepcionalmente*, facilitar créditos en circunstancias concretas y justificadas, como cuando mantienen una relación duradera con el consumidor, o en el caso de préstamos para financiar gastos sanitarios excepcionales, préstamos para estudiantes o préstamos para consumidores con discapacidad.». En ese

caso, «al decidir si se concede o no el crédito al consumidor, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa deben tener en cuenta el importe y la finalidad del crédito, así como la probabilidad de que se cumplan las obligaciones derivadas del contrato.»[620]. Como veremos en el epígrafe siguiente, esta previsión clarifica el tratamiento de la actuación del prestamista en contra del resultado de la evaluación en la regulación del crédito al consumo en línea con los pronunciamientos del TJUE.

2.3. La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación en la regulación del crédito al consumo: incidencia de los pronunciamientos del TJUE e influencia de la DCI

La normativa de carácter especial contenida en la LCC no incluye ninguna previsión expresa sobre la libertad de contratación, lo que debe llevarnos a considerar de aplicación lo establecido en la normativa general que acabamos de analizar; sin perjuicio del carácter imperativo e irrenunciable de las normas contenidas en la LCC (cf. art. 5 LCC).

Al igual que la normativa de carácter general, la LCC no establece de forma expresa la obligación del prestamista de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación. Sin embargo, el art. 34.3 de la LCC, al disponer las infracciones y sanciones administrativas al incumplimiento, señala que en el expediente sancionador que se abra a la entidad «no podrán resolverse las *cuestiones civiles o mercantiles que suscite el incumplimiento* de las disposiciones de esta Ley». Por tanto, la LCC reconoce de forma tácita que el incumplimiento de la normativa sobre préstamo responsable que en ella se contiene pudiera suscitar cuestiones civiles o mercantiles que, en su caso, deberán dilucidarse en un procedimiento distinto del administrativo. Para entender el alcance de esta previsión resulta oportuno referirnos a la normativa comunitaria que la LCC

[620] Cfr. Considerando 47 de la Propuesta de DCC 2021 señala al respecto: «Los datos personales, como los encontrados en las redes sociales o los datos sanitarios, incluidos los datos sobre el cáncer, no deben utilizarse al realizar una evaluación de solvencia.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 26].

transpone. La interpretación que se haga de las obligaciones establecidas en la DCC resulta relevante a los efectos de la interpretación de la LCC[621].

Como hemos avanzado al analizar los antecedentes de la regulación[622], la propuesta inicial de Directiva DCC establecía en su art. 9 que si un prestamista suscribe un contrato de crédito «se supone que ha estimado previamente […] que el consumidor y, en su caso, el avalista, podrán razonablemente cumplir las obligaciones que se deriven del contrato»[623]; de lo cual el propio texto de la propuesta infería que «la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor no es neutra: *el prestamista compromete su responsabilidad contractual* y, a este respecto, conviene destacar la relación entre la suscripción del contrato y esta evaluación previa»[624]. Con base en este criterio, el art. 31 de la propuesta de Directiva DCC señalaba que «Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito.».

La doctrina ha interpretado esta mención a los «efectos contractuales» como un deber de abstención del prestamista de concluir el contrato cuando del resultado de la evaluación de la solvencia el pronóstico de cumplimiento fuera negativo; y, en caso de concederlo, que esta «falta de diligencia» debía tener consecuencias civiles, como la indemnización al consumidor mediante la pérdida de intereses y gastos[625].

---

[621] Así lo ha expresado el TJUE: «[…] cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional *y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta* (véase, en particular, la sentencia de 27 de febrero de 2014, OSA, C‑351/12, apartado 44).» [Cfr. STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), parágrafo 54].

[622] Capítulo I, epígrafe 2.1.

[623] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], p. 228.

[624] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)], Exposición de Motivos, p. 211.

[625] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E: "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas; en términos similares, también en "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 6.

El Parlamento Europeo rechazó esta propuesta, lo que obligó a la Comisión a emitir una versión revisada de ella en la que el *principio* de préstamo responsable quedaba diluido, señalándose el deber de evaluar la solvencia en una nueva redacción del art. 5 sobre la «información precontractual» que se limitaba a indicar «la obligación del prestamista de examinar la solvencia del consumidor sobre la base de la información precisa facilitada por éste y, en su caso, de la consulta de las bases de datos pertinentes»[626].

En su versión finalmente aprobada, la Directiva DCC reconoce en su Considerando 26 que «es importante que los prestamistas *no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario*, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para *evitar tales comportamientos*, así como los *medios necesarios para sancionar a los prestamistas* en caso de que ello ocurra»; y que «los prestamistas deben tener la *responsabilidad* de controlar individualmente la solvencia del consumidor». Sin embargo, la dicción del art. 8 de la DCC únicamente establece la obligatoriedad de llevar a cabo la evaluación («Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, *el prestamista evalúe la solvencia del consumidor*»); y el art. 23 de la DCC se limita a establecer que «Los Estados miembros *determinarán* el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva»; sanciones que «deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

A la vista de la evolución del texto comunitario, la doctrina ha concluido que la DCC finalmente eliminó la «prohibición» de conceder el préstamo con test de solvencia negativo[627] y dejó a criterio de los Estados Miembros las sanciones asociadas al incumplimiento de la obligación de llevar a cabo la evaluación[628]; si bien –como apunta

[626] Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2, 2002/0222 (COD)], p. 25.

[627] En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas; también en "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 7.

[628] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

esta misma autora–, el Parlamento Europeo posteriormente recomendó que sólo se diera crédito al consumo cuando se hubiera determinado la solvencia del consumidor, con el fin de asegurar un nivel de riesgo apropiado tanto para él como para el proveedor de crédito[629].

Este fue el modelo transpuesto en la LCC, que establece la obligación de evaluar la solvencia del prestatario sin reconocer expresamente un deber de adecuar la oferta de crédito al resultado de la evaluación.

No obstante, conviene tener presente la interpretación que el TJUE ha hecho del art. 8 de la DCC atendiendo a la finalidad de la directiva[630]. Así, el TJUE ha señalado que la obligación de evaluar la solvencia recogida en dicho precepto «pretende responsabilizar a los prestamistas y *evitar* la concesión de préstamos a consumidores insolventes»[631]; y que «tiene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento y de insolvencia», en particular «contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus capacidades financieras y puedan entrañar su insolvencia»[632]; motivos que han conducido a concluir que «la obligación, impuesta al prestamista por una legislación nacional, de renunciar a celebrar el contrato de crédito en caso de que no pueda considerar razonablemente que el consumidor, teniendo en cuenta su situación económica y personal, estará en condiciones de devolver el crédito conforme

[629] *Vid*. Opinion of the Committee on Economic and Monetary Affairs (8.6.2012) for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection on the implementation of the Consumer Credit Directive 2008/48/EC [2012/2037(INI)]: «*The Committee on Economic and Monetary Affairs calls on the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, as the committee responsible, to incorporate the following suggestions in its motion for a resolution:* […] *7. Calls on financial institutions not to provide consumer credit which is secured by the consumer's house where the consumer does not have an adequate wage or salary and to only provide consumer credit where the consumer's creditworthiness has been determined – and, where applicable, suitable collateral has been acquired – in order to ensure an appropriate level of risk for both the consumer and the provider*; […]».

[630] ARROYO AMAYUELAS, E. destaca la importancia de considerar estos pronunciamientos al interpretar el art. 8 de la DCC (*vid.* "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 7.

[631] Cfr. Apartados 35 y 43 de la STJUE (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C‑449/13, CA Consumer Finance SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (ECLI:EU:C:2014:2464), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5 y 8 de la DCC, planteada por el tribunal d'instance d'Orléans (Francia) en el marco de unos litigios acerca de reclamaciones de pago de cantidades adeudadas por préstamos personales que CA Consumer Finance SA había concedido respectivamente a Ingrid Bakkaus –en uno de ellos– y a Charline Bonato (de soltera Savary) y Florian Bonato –en el otro–, e impagadas por éstos.

[632] Cfr. STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), apartados 42 y 43.

al contrato, no puede contravenir el objetivo del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/48 ni poner en entredicho la responsabilidad de principio del consumidor de velar por sus propios intereses.»[633].

En este sentido se pronuncia con claridad la STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C‑679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167). La sentencia analiza el art. 8 en relación con el art. 23 de la DCC en el marco de un litigio que tiene por objeto la reclamación de OPR-Finance de los importes pendientes de pago por GK en virtud del contrato de crédito concertado con dicha entidad, y en el cual no quedó acreditado que OPR-Finance hubiera evaluado la solvencia del prestatario antes de la celebración del contrato de crédito. De acuerdo con la ley checa de transposición de la DCC, «El prestamista únicamente concederá el crédito cuando el resultado de evaluar la solvencia del consumidor indique que no existen dudas razonables en cuanto a la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito.»[634].

La literalidad del precepto de transposición checo –que recuerda a la del art. 11.5 de la LCCI–, parece establecer la obligación del prestamista de ajustar la oferta de crédito al resultado del test de solvencia. Si bien el litigio principal versa sobre un supuesto de falta de realización de la evaluación de la solvencia, y no sobre un supuesto de contratación del crédito en contra del resultado del test, en vista de las cuestiones

---

[633] Cfr. STJUE (Sala Primera) de 6 de junio de 2019, en el asunto C‑58/18, Michel Schyns y Belfius Banque SA (ECLI:EU:C:2019:467), apartado 47. Junto a los citados motivos, el TJUE señala, además que « […] la Directiva 2014/17, […] aunque no sea aplicable *ratione temporis* ni *ratione materiae*, demuestra la voluntad del legislador de la Unión de responsabilizar a los prestamistas, al establecer, en su artículo 18, apartado 5, letra a), que los Estados miembros 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».» (cfr. apartado 46).

[634] El art. 86 de la Ley n.º 257/2016, de crédito al consumo, que incorpora la DCC al ordenamiento jurídico checo, establece en su apartado 1: «(1) Antes de celebrar un contrato de crédito al consumo o de modificar cualquier obligación prevista en el contrato que dé lugar a un importante aumento del importe total del crédito, el prestamista deberá evaluar la solvencia del consumidor basándose en la información precisa, fiable, suficiente y proporcionada, facilitada por el consumidor y, en caso necesario, procedente de una base de datos que permita evaluar la solvencia del consumidor o de otras fuentes. El prestamista únicamente concederá el crédito cuando el resultado de evaluar la solvencia del consumidor indique que no existen dudas razonables en cuanto a la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito.». La sanción al incumplimiento de esta obligación la establece la misma Ley en el apartado 1 de su art. 87: «En caso de que un prestamista conceda a un consumidor un crédito al consumo incumpliendo lo dispuesto en la segunda frase del artículo 86, apartado 1, el contrato será nulo. El consumidor podrá invocar la nulidad durante un plazo de tres años contados desde la fecha de celebración del contrato. En tal caso, el consumidor deberá devolver el principal del crédito al consumo recibido dentro de un término acorde con sus posibilidades financieras.».

prejudiciales planteadas[635], el TJUE analiza la sanción prevista en el ordenamiento jurídico checo para el caso de contravención de la obligación de una forma u otra; y, en este contexto, al analizar el art. 8 de la DCC, el TJUE señala que «cabe recordar que la finalidad de tal obligación es, de conformidad con el considerando 26 de dicha Directiva, responsabilizar al prestamista e *impedirle* que conceda créditos a consumidores que no sean solventes.»[636].

En consecuencia, si bien la letra de la DCC no reconoce expresamente un deber de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación, lo cierto es que el TJUE interpreta el precepto en este sentido en orden a alcanzar los objetivos previstos en la Directiva, indicando de este modo que la regulación pretende incentivar que no se conceda el préstamo en contra del resultado de la evaluación, aunque no se lo impide.

Esta interpretación del TJUE corrobora que, si bien la OTP y en la LCC no establecen de forma expresa la obligación del prestamista de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación, una interpretación teleológica de esta normativa lleva a concluir que el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia implica –en atención al interés del prestatario como acreedor de la obligación– el ajuste de la oferta de crédito al resultado de la evaluación.

El proceso de revisión de la DCC confirma también este enfoque. Precisamente, la falta previsión de las consecuencias de la obtención de un resultado negativo en la evaluación de la solvencia, y la disparidad de criterios entre los Estados miembros a este

[635] En síntesis, mediante sus cuestiones prejudiciales, el tribunal remitente solicita al TJUE que determine si el art. 8 de la DCC en relación con el art. 23, debe interpretarse en el sentido de que exige que el juez nacional debe examinar de oficio si se ha producido un incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, y deduzca las consecuencias que se deriven de tal incumplimiento de conformidad con el Derecho nacional; y en el sentido de que se oponen a dicho artículo las normas nacionales que sancionan dicho incumplimiento únicamente con la nulidad del contrato de crédito (que debe ser invocada por el consumidor en el plazo de prescripción de tres años), con la consiguiente obligación del consumidor de restituir el principal (*vid.* STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C‑679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartados 16 y 17).

[636] Cfr. STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C‑679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 20.

respecto, se ha identificado como una de las razones que dificultan la asegurar «la idoneidad del crédito» al consumidor[637].

El art. 18.4 de la Propuesta de DCC 2021 establece:

> «Los Estados miembros velarán por que el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa no ponga el crédito a disposición del consumidor hasta que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito o del contrato para la provisión de servicios de crédito de financiación participativa se cumplan en la forma requerida en dicho contrato.
>
> No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, cuando el resultado de la evaluación de solvencia indique que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito o del contrato para la provisión de servicios de crédito de financiación participativa se cumplan de la forma requerida en dicho contrato, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa podrá, excepcionalmente, poner crédito a disposición del consumidor en circunstancias concretas y bien justificadas.»[638]

Con esta previsión, la Propuesta de DCC 2021 alinea la regulación del crédito al consumo con la prevista en la DCI tal y como la hemos interpretado. Así, se establece la obligación de que el prestamista, *con carácter general*, ajuste la oferta de crédito al resultado de la evaluación de la solvencia. La literalidad del precepto es clara en este sentido[639]: los Estados miembros velarán por que el prestamista «no ponga el crédito a

---

[637] *Vid.* EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Brussels, 30.6.2021 [SWD (2021) 170 Final], p. 17. De hecho, una de las preocupaciones que se pusieron de manifiesto durante la revisión fue la concesión de crédito cuando el resultado de la evaluación de la solvencia había sido negativo (*vid.* Ibidem, p. 6). Así lo denunció también FINANCE WATCH: « In addition, the [CCD] Directive does not include any rules on what a creditor is supposed to do based on the outcome of the assessment, i.e. whether to grant or reject the credit, depending on whether the CWA outcome was positive or negative. To prevent the mis-selling of loans, however, there should also be going forward a requirement in the Directive that a credit should only be sold to the consumer where the result of the CWA indicates that the obligations resulting from the credit agreement are likely to be met. This is particularly important given that for certain loans, in particular payday loans sold to vulnerable consumers, poor performance in repayment is considered to be part of the creditor's business model as the failure to repay is compensated by extremely high interest rates.» (cfr. *Consumer credit market malpractices uncovered*, February 2021, p. 20).

[638] Cfr. Art. 18.4 de la Propuesta de DCC 2021 señala al respecto: «Los datos personales, como los encontrados en las redes sociales o los datos sanitarios, incluidos los datos sobre el cáncer, no deben utilizarse al realizar una evaluación de solvencia.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 55].

[639] En su versión en inglés, el precepto señala: «Member States shall ensure that the creditor or the provider of crowdfunding credit services only makes the credit available to the consumer *where* the result of the creditworthiness assessment indicates that the obligations resulting from the credit agreement or the agreement for the provision of crowdfunding credit services are likely to be met in the manner required under that agreement.».

disposición del consumidor *hasta* que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito» se cumplan en la forma requerida en dicho contrato. El prestamista debe ajustar las condiciones de la oferta de crédito –no solo el coste, sino también la cuantía del principal, los plazos de amortización, la cuantía de las cuotas, etc.– *hasta* que el resultado de la evaluación de la solvencia, en vista de la concreta oferta de crédito, indique que su cumplimiento es probable.

El párrafo segundo del precepto confirma esta interpretación: *excepcionalmente*, el prestamista podrá contravenir la regla general de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación «en circunstancias concretas y bien justificadas», como, por ejemplo, «cuando mantienen una relación duradera con el consumidor, o en el caso de préstamos para financiar gastos sanitarios excepcionales, préstamos para estudiantes o préstamos para consumidores con discapacidad.»[640].

De este modo, la Propuesta de DCC 2021 traslada al ámbito del crédito al consumo la interpretación que hemos hecho del art. 18.5 de la DCI y que, *lege ferenda*, entendemos que debe ser también aplicable a la regulación de carácter general: se *fomenta* que el prestamista ajuste los términos del contrato al resultado de la evaluación, a riesgo de responder del crédito otorgado en contra del resultado de la evaluación *en caso de incumplimiento del prestatario*, y se reconoce expresamente que los prestamistas puedan conceder el préstamo en contra del resultado de la evaluación en circunstancias *excepcionales* en las que social o económicamente es recomendable que el prestamista asuma un mayor riesgo de crédito y el riesgo de sobreendeudamiento del prestatario es limitado en vista de elementos como «el importe y la finalidad del crédito, así como la probabilidad de que se cumplan las obligaciones derivadas del contrato.»[641].

[640] Cfr. Considerando 47 de la Propuesta de DCC 2021 señala al respecto: «Los datos personales, como los encontrados en las redes sociales o los datos sanitarios, incluidos los datos sobre el cáncer, no deben utilizarse al realizar una evaluación de solvencia.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 26].

[641] Cfr. Considerando 47 de la Propuesta de DCC 2021 señala al respecto: «Los datos personales, como los encontrados en las redes sociales o los datos sanitarios, incluidos los datos sobre el cáncer, no deben utilizarse al realizar una evaluación de solvencia.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 26].

3. Recapitulación

Para determinar las consecuencias jurídicas del préstamo irresponsable, resulta imprescindible identificar cuándo se entiende incumplida la obligación de evaluar la solvencia; esto es, debemos identificar qué prestación es la que permite al acreedor de la obligación satisfacer su interés. La definición de los incumplimientos de la obligación de evaluar la solvencia dependerá de la respuesta que demos a esta pregunta.

En vista de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la obligación de evaluar la solvencia del prestatario se trata de una obligación accesoria del contrato de préstamo o crédito concertado con prestamistas profesionales[642], establecida en una norma imperativa integrada en la normativa de conducta del mercado de crédito. En este sentido, el objetivo de la obligación (el fin-resultado último que pretende alcanzar) es la protección del cliente mediante la prevención de su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia; e, indirectamente, la protección del mercado en su conjunto, como destinatario de una actividad ordenada del prestamista, merecedora de su confianza, con el fin de evitar el efecto sistémico derivado de la insolvencia del prestatario.

Así, la prestación que resulta útil al prestatario es la propia actividad del prestamista de evaluar su solvencia realizando las operaciones previstas en la ley, como medio necesario para lograr este fin-resultado –la obtención de una valoración acertada sobre las *perspectivas de cumplimiento* del deudor– que, sin embargo, no queda integrado en la prestación, pues el acierto sobre las perspectivas de cumplimiento del deudor excede el ámbito de control del prestamista. El despliegue de esta actividad diligente, objeto de la obligación de medios es, como decíamos, el *resultado* exigible al prestamista que le es útil al prestatario para satisfacer su interés, como condición necesaria –aunque no siempre suficiente– para asegurar que el prestatario cumpla con su obligación de pago y, en último término, evitar su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia.

Como hemos visto, la normativa general y la LCC definen la prestación obligatoria como la mera evaluación de la «*capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones*» derivadas del préstamo, sin prever expresamente –a diferencia de la LCCI– un deber de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación. La prestación así definida no satisface el interés del prestatario, pues no logra el objetivo de evitar su

[642] *Vid.* Capítulo II, epígrafe 1.2.

sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia –objetivo de la normativa de conducta tuitiva del cliente–, sino que satisface únicamente a la entidad de crédito y al mercado al permitir al prestamista gestionar el riesgo de crédito –objetivo de la normativa prudencial de salvaguarda de la solvencia de la entidad–. En este sentido, conviene recordar que, mientras que la normativa prudencial que regula la gestión del riesgo de crédito tiene por finalidad proteger la solvencia de las entidades con el fin último de preservar la estabilidad del mercado financiero, la normativa de conducta sobre evaluación de la solvencia, en cuanto manifestación del principio de préstamo responsable, tiene por finalidad proteger a los clientes mediante la prevención de su sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia, lo que tiene también una incidencia positiva en la estabilidad del mercado por el efecto sistémico asociado al sobreendeudamiento privado.

Por tanto, existe una incoherencia entre la identificación en la norma del sujeto a quien se pretende proteger –el prestatario– y la definición de la prestación obligatoria, lo cual pone de manifiesto un defecto de técnica legislativa que pudiera tener su origen en la evolución que hemos comentado en epígrafes precedentes[643] que ha supuesto la adaptación de un requisito en origen prudencial para convertirlo en una norma de conducta. Como hemos visto, el propio Preámbulo de la OTP lo deja entrever al señalar que la evaluación de la solvencia «tiene como objetivo *la valoración del riesgo de impago* a efectos de la posible concesión de un préstamo».

Este defecto, sin embargo, debe ser subsanado por los operadores jurídicos a fin de que la norma pueda alcanzar su objetivo tuitivo en relación con el prestatario. En este sentido, una interpretación teleológica nos conduce a considerar que, *lege ferenda*, el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia prevista en la OTP y en la LCC entraña no solo la realización de las operaciones previstas en la ley para evaluar la «*capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones*» derivadas del préstamo, sino que implica –en atención al interés del acreedor de la obligación– el ajuste de la oferta de crédito al resultado de dicha evaluación. La Propuesta de DCC 2021 confirma esta interpretación al prever expresamente, en similares términos a la DCI, el ajuste *con carácter general* de la oferta de crédito al resultado de la evaluación de la solvencia.

Por todo lo anterior, entiendo que la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, prevista en el art. 29 de la LES y desarrollada a través del art. 18 de la OTP y

[643] *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.2.

la Norma duodécima de la Circular BdE 5/2012, así como en el art. 14 de la LCC y en el art. 11 de la LCCI, constituye una obligación *de medios* en la cual la prestación debida por el prestamista –deudor de la obligación– al prestatario –acreedor de la obligación– para satisfacer su interés consiste en analizar su solvencia a través de la realización de las operaciones previstas en la Ley, y en ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación.

En conclusión, de acuerdo con una interpretación literal, teleológica y sistemática de la normativa sobre préstamo responsable, constituyen incumplimientos de la obligación contractual accesoria de evaluar la solvencia del prestatario:

a) La contratación del préstamo sin realizar la evaluación de acuerdo con las operaciones previstas en la ley para analizar la *capacidad de pago* o las *perspectivas de cumplimiento* del prestatario, de tal modo que la falta de realización de todas o alguna de dichas operaciones implicará que el prestamista incurra en incumplimiento; y
b) La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación de la solvencia, es decir, sin haber ajustado la oferta de crédito al resultado de la evaluación.

A continuación, desarrollaremos las consecuencias jurídicas de los antedichos incumplimientos, atendiendo a la regulación actualmente vigente, a la vez que apuntaremos ciertas propuestas de *lege ferenda*.

CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

La doctrina ha apuntado certeramente que «el genuino interés que debe perseguir una correcta regulación» de la evaluación de la solvencia no es proclamar la existencia o no de una prohibición de conceder el crédito cuando el resultado de la evaluación es negativo, «sino establecer un sistema sancionatorio suficientemente disuasorio, que anude unas consecuencias jurídicas a la concesión irresponsable de préstamos, establecidas de tal modo que tengan un auténtico efecto preventivo»[644].

Tras haber analizado la caracterización de los incumplimientos del deber de evaluar la solvencia del prestatario atendiendo a su naturaleza de obligación contractual accesoria establecida en una norma de conducta, a continuación, abordaremos las consecuencias jurídicas que cabe anudar a su contravención de acuerdo con la regulación vigente.

Sin perjuicio de las puntualizaciones que en su caso resulten oportunas, por motivos de sistemática trataremos las consecuencias del *préstamo irresponsable* de manera conjunta, considerando como tal tanto la concesión de préstamo sin evaluar la solvencia de acuerdo con las operaciones previstas en la ley, como su concesión sin haber ajustado la oferta de crédito al resultado de la evaluación de la solvencia[645].

[644] Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, M. P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., pp. 103-116, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas. En el mismo sentido, con anterioridad, CUENA CASAS, M. había señalado que «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) [de la DCI].» (*vid.* "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2898.

[645] Abordan la cuestión de esta manera, también, ÁLVAREZ OLALLA, P. (*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, ob. cit., p. 783 y ss.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (*vid.* "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 14 y ss.).

1. Caracteres que deben reunir las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

Antes de tratar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, conviene que nos detengamos a exponer los criterios con base en los cuales debemos analizar tales consecuencias.

La normativa especial de préstamo responsable fruto de la transposición de las directivas DCC y DCI establece los caracteres que deben reunir las consecuencias que se anuden al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia para alcanzar el estándar de protección previsto en el Derecho comunitario.

Tanto el art. 23 de la DCC como el art. 38 de la DCI dejan que sean los Estados miembros quienes determinen las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, proporcionando únicamente el criterio de que tales sanciones deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias»[646]. Estos caracteres han sido interpretados por el TJUE.

Así, para ser «efectivas», las sanciones deben definirse de tal manera que su imposición no sea imposible en la práctica o excesivamente difícil; para ser «disuasorias», deben impedir la infracción, tanto por la naturaleza y el grado de la sanción como por la probabilidad de su imposición; y para ser «proporcionadas», deben resultar, no solo apropiadas (esto es, efectivas y disuasorias), sino también necesarias para lograr los fines perseguidos, de manera que entre sanciones equivalentes se recurra a la menos onerosa[647].

Las sanciones deben reunir estos caracteres en el supuesto concreto en que se enmarca su imposición. Así lo ha puesto de manifiesto la STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan

[646] La redacción final de la DCI no se alejó en este aspecto de la redacción contenida en la Propuesta de Directiva, si bien el art. 24 de la misma reconocía expresamente que las sanciones administrativas deberían adoptarse «Sin perjuicio de los procedimientos para la revocación de la autorización ni del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales», y que debían preverse «sanciones para casos específicos en los que los consumidores, deliberadamente, faciliten información incompleta o incorrecta con el fin de que la evaluación de su solvencia sea positiva, siendo que la información completa y correcta habría dado como resultado una evaluación negativa, y no puedan posteriormente satisfacer las condiciones del contrato» [cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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), p. 44].

[647] *Vid.* Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, de 14 de octubre de 2004, en los asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Silvio Berlusconi y otros (ECLI:EU:C:2004:624).

(ECLI:EU:C:2014:190)[648], al analizar el carácter disuasorio de la sanción de privación de intereses por el incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia establecida en Derecho francés[649]: si tal sanción «se viera debilitada, o pura y simplemente perdiera todo efecto» (en el caso de que, atendiendo a las circunstancias, los importes que el prestamista pudiera obtener tras la imposición de la sanción no fueran significativamente inferiores a los que podría percibir si hubiera cumplido la obligación), «de ello se deduciría necesariamente que ésta no presenta un carácter realmente disuasorio»[650]. Lo esencial es que la imposición de la sanción garantice en el caso concreto «el objetivo de protección de los consumidores inherente a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario»[651].

En suma, un sistema sancionador eficiente del préstamo irresponsable ha de sancionar el incumplimiento de la entidad, constituir un mecanismo preventivo de futuros

[648] La STJUE tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal d'instance d'Orléans (Francia) en el marco de un litigio entre LCL Le Crédit Lyonnais SA y el Sr. Kalhan «en relación con una demanda de abono de cantidades restantes adeudadas de un crédito personal que dicha sociedad había concedido al Sr. Kalhan y que éste no ha devuelto», y se refiere a la interpretación de los artículos 8 y 23 de la DCC.

[649] Art. L. 311-48 Code de la Consommation: «Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. […] L'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu, ainsi que, le cas échéant, au paiement des intérêts dont le prêteur n'a pas été déchu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux de l'intérêt légal à compter du jour de leur versement, sont restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû.».

Este precepto ha sido modificado (cf. Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016), conteniéndose ahora en el Art. L341-2 Code de la Consommation con el siguiente tenor: «Le prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 312-14 et L. 312-16 est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.». *Vid.* https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032225663/2020-09-14.

[650] Cfr. STJUE (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2016, en el asunto C‑42/15, Home Credit Slovakia a.s. vs. Klára Bíróová (ECLI:EU:C:2016:842), apartado 65; en referencia a los apartados 52 y 53 de la STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190).

[651] *Vid.* STJUE (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2016, en el asunto C‑42/15, Home Credit Slovakia a.s. vs. Klára Bíróová (ECLI:EU:C:2016:842), apartado 65.

incumplimientos (es decir, tener un efecto disuasorio) y reintegrar de la lesión producida al perjudicado[652].

Finalmente, la STJUE (Sala Sexta) de 10 de junio de 2021 en el asunto C-303/20 entre Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA y KM (ECLI:EU:C:2021:479)[653] ha confirmado que el art. 23 de la DCC debe interpretarse en el sentido de que el examen del carácter efectivo, proporcionado y disuasorio que, de acuerdo con dicho artículo, deben reunir las sanciones frente al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario prevista en el artículo 8 de la DCC, debe efectuarse teniendo en cuenta, de conformidad con el artículo 288.3 del TFUE, no solo la disposición adoptada específicamente en el Derecho nacional para transponer esa Directiva, sino también todas las disposiciones de dicho ordenamiento jurídico, interpretándolas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de los objetivos de la propia Directiva con el fin de obtener un resultado compatible con los objetivos que esta persigue.

Esta misma conclusión ha sido alcanzada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia en materia de usura en el ámbito del crédito revolvente (*revolving*). La STS 149/2020, de 4 de marzo[654], del Pleno de la Sala de lo Civil, señala:

> «Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel

[652] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 239. Así lo ha destacado también el FINANCIAL SERVICES USERS GROUP (FSUG): «Proper regulatory framework must go hand in hand with effective public and private enforcement. Without effective supervision and enforcement, financial consumer protection risks being a dead letter. It is key to ensure that relevant national and EU public competent authorities are well-equipped (clear mandate, qualified staff, strong monitoring, investigation and sanctioning powers) to effectively oversee the business conduct of financial service providers and address consumer protection issues.» (cfr. *Responsible consumer credit lending*, FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive, 8 April 2019, p. 21).

[653] *Vid.* STJUE (Sala Sexta) de 10 de junio de 2021 en el asunto C-303/20 entre Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA y KM (ECLI:EU:C:2021:479), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal polaco del Distrito de Opatów, Sala 1.a de lo Civil, sobre la interpretación de los artículos 8 y 23 de la DCC, en el contexto de un litigio entre Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA y KM –una persona física–, en relación con el pago de un crédito derivado de un contrato de crédito al consumo. En el mismo sentido, *vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), apartado 54, y STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C-679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 41.

[654] STS 149/2020, de 4 de marzo (Roj: STS 600/2020 - ECLI:ES:TS:2020:600), que desestima el recurso de casación interpuesto por Wizink Bank S.A. contra la SAP de Santander 402/2019, de 9 de julio, que estimó el recurso de la entidad contra la SJPI nº 8 de Santander, 231/2018, de 15 de octubre, que estimó la demanda interpuesta por el cliente y declaró la nulidad del contrato de tarjeta de crédito entre las partes por existir un interés remuneratorio usurario.

de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) *y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico*. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia.»

De esta doctrina jurisprudencial se desprende que el incumplimiento del prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario, con el consiguiente aumento del riesgo de crédito, no puede justificar la imposición de un tipo de interés usurario, pues ello supondría que tal actuación del prestamista fuera amparada por el ordenamiento jurídico.

Una interpretación sistemática de la jurisprudencia del TJUE como la del TS permite concluir que la sanción efectiva, proporcionada y disuasoria al incumplimiento del prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario debe ser garantizada por el conjunto del ordenamiento jurídico.

2. Exclusión de la nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas

Como hemos adelantado, el carácter imperativo de las normas de conducta que establecen la obligación contractual accesoria de evaluar la solvencia del prestatario de acuerdo con las operaciones previstas en la ley y de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación, implica que su incumplimiento tenga como consecuencia jurídica la prevista en el art. 6.3 del CC.

El art. 6.3 del CC establece que «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto* para el caso de contravención.». En consecuencia, debemos comprobar si la normativa imperativa que regula la obligación de evaluar la solvencia ha previsto algún efecto para el caso de su contravención, en cuya ausencia el contrato se consideraría nulo de pleno derecho.

Lo cierto es, que la normativa sobre préstamo responsable sí ha previsto consecuencias ante el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia: consecuencias administrativas sancionadoras.

Como veremos con detalle en el epígrafe siguiente, conforme al art. 14.1 de la OTP, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia se sancionará de acuerdo con lo previsto por la LDIEC (referencia que debe entenderse hecha a la LOSEC). Esta misma remisión al régimen sancionador de la normativa de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito se efectúa en el art. 34.2 de la LCC, señalando que el incumplimiento de las normas sobre evaluación de la solvencia –entre otras– será sancionado, «siempre que no tenga carácter ocasional o aislado», como infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la LDIEC (ahora, LOSEC)[655]. Igualmente, los arts. 46 y 47 de la LCCI remiten en su definición de las infracciones y las sanciones correspondientes a lo establecido al efecto en la LOSEC.

Por tanto, una interpretación literal del art. 6.3 del CC nos lleva a entender que esta regulación sancionadora excluye la declaración de nulidad del contrato. Así lo ha considerado el Tribunal Supremo de forma constante al abordar las consecuencias del incumplimiento de normas imperativas que establecen obligaciones de conducta de las entidades financieras como, por ejemplo, el deber de evaluar la conveniencia o la idoneidad de las inversiones (cf. art. 79 bis LMV)[656]. Por todas, traemos a colación la STS 195/2017, de 22 de marzo (Roj: STS 1050/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1050)[657], que

[655] El preámbulo de la LCC lo señala con claridad: «En cuanto al régimen sancionador, el incumplimiento por entidades de crédito de las obligaciones impuestas por de esta Ley se sanciona conforme a lo establecido en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. […] Si bien el régimen sancionador tiene por finalidad garantizar la aplicación de toda la Ley, con el fin de promover unas prácticas responsables en la fase previa al contrato se incide con especial énfasis en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la información precontractual y de evaluación de la solvencia del consumidor.»

[656] Con anterioridad, sin embargo, se había afirmado que la infracción de normas administrativas puede acarrear la nulidad ex art. 6.3 CC cuando existan «trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público» (*vid*. NASARRE AZNAR, S. / SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014", ob. cit.).

[657] La STS 195/2017, de 22 de marzo, desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Albacete (sección 1ª) de 9 de mayo de 2014 (rollo núm. 255/2013) que estimó el recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito S.A. (Banco Santander S.A.) contra la SJPI nº 7 de Albacete de 10 de junio de 2013 que estimó la demanda por la cual se solicitaba, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad de un swap. Entre los motivos de casación, la recurrente alegó la «infracción del art. 78 bis, apartado 1, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores».

cita la doctrina sentada por la STS 716/2014, de 15 de diciembre (STS 5411/2014 - ECLI: ES:TS:2014:5411)[658]:

> «[…] La sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, parte de que la jurisprudencia del TJUE había declarado que la Directiva MiFID no preveía la sanción de nulidad para los contratos que la contravinieran, sino que debía estarse a lo previsto en la normativa interna de cada estado. Y razona que en nuestro derecho la sanción prevista para esta infracción no era la nulidad absoluta o radical del contrato, sin perjuicio de su incidencia en la eventual nulidad por error vicio:
>
> «[…] De este modo, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.
>
> » Conforme al art. 6.3 CC, "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).
>
> » Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.
>
> » Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)». […]

[658] La STS 716/2014, de 15 de diciembre, desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Madrid (sección 10ª) de 26 de septiembre de 2012 (rollo núm. 562/2012), que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la SJPI nº 49 de Madrid de 24 de enero de 2012, que desestimó la demanda interpuesta contra Banco Espirito Santo S.A. por la cual se solicitaba, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad de un producto financiero estructurado. Entre los motivos de casación, la recurrente alegó la «*infracción del art. 6.3 CC, pues la inaplicación del RD 217/2008, de 15 de febrero, determina la infracción del art. 6.3 CC, y de los arts. 78, 78 bis, 78 ter, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*».

De acuerdo con lo anterior, la consecuencia de entender infringido el art. 78 bis LMV por el tribunal de apelación al haber calificado al demandante como inversor profesional cuando debía haberlo considerado minorista, sería que resultaban de aplicación las exigencias de información del art. 79 bis.3 LMV, y la incidencia que su incumplimiento podría tener en la apreciación de la nulidad por error vicio.»[659]

A la vista de esta doctrina jurisprudencial, previendo la normativa sobre evaluación de la solvencia que la consecuencia de su incumplimiento es la imposición de sanciones administrativas, la concesión del préstamo sin evaluar la solvencia del prestatario de acuerdo con las operaciones previstas en la ley, o sin ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación, no llevaría aparejada la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato[660].

Debemos sostener esta misma conclusión a pesar de lo previsto en el art. 5.2 de la LCC, según el cual: «La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores *y los actos contrarios a la misma son nulos*. Los actos realizados en fraude de ley serán sancionados como tales según lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil.». De acuerdo con la confusa redacción del precepto, la contravención de lo previsto en la LCC tendría como consecuencia jurídica la nulidad de pleno derecho. Sin embargo, de acuerdo con el art. 34.2 de la LCC, la obligación de evaluar la solvencia del prestamista constituye una norma de ordenación y disciplina, y su incumplimiento será sancionado de acuerdo con lo previsto en la LDIEC –referencia que, tras su derogación, debe entenderse hecha a la LOSEC–. La interpretación conjunta de ambos artículos, tomando

[659] Doctrina acogida en similares términos por la STS del Pleno de la Sala de lo Civil, 323/2015, de 30 de junio (STS 3002/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3002). En el mismo sentido, se ha señalado: «[…] al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. En la sentencia 599/2018, de 31 de octubre, lo hemos reiterado en un asunto relativo a un préstamo multidivisa.» [cfr. STS 158/2019, de 14 de marzo (Roj: STS 773/2019 - ECLI: ES:TS:2019:773)]. Por su parte, otras sentencias han declarado en relación con la aplicación del art. 6.3 CC: «La infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error.» [cfr. STS 549/2015, de 22 de octubre (Roj: STS 4617/2015 - ECLI: ES:TS:2015:4617), citada en las SSTS 154/2016, de 11 de marzo (Roj: STS 985/2016 - ECLI: ES:TS:2016:985) y 433/2017, de 11 de julio (Roj: STS 2835/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2835)]. En el mismo sentido, sin ánimo de ser exhaustivos, *vid.* también SSTS 21/2016, de 3 de febrero (STS 319/2016 - ECLI: ES:TS:2016:319) y 150/2018, de 15 de marzo (Roj: STS 868/2018 - ECLI: ES:TS:2018:868).

[660] En el mismo sentido, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 232-233.

en consideración todo lo anteriormente analizado, nos lleva a concluir que la alusión a la nulidad incluida en el art. 5.2 de la LCC hace referencia a la renuncia a los derechos reconocidos por la LCC a los consumidores y a la aplicación del art. 6.3 del CC en los términos que hemos analizado en las páginas precedentes; de manera que la previsión expresa de consecuencias administrativas excluiría la nulidad de pleno derecho en caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario.

Por lo demás, el Considerando 30 de la DCC señala que la directiva «no regula cuestiones de Derecho contractual relativas a la *validez* de los contratos de crédito», lo que invita también a pensar que las consecuencias jurídicas del incumplimiento deben estar referidas a la eficacia del contrato de crédito.

La nulidad de pleno derecho ha sido descartada de forma mayoritaria por la doctrina[661] atendiendo también a una interpretación teleológica de la norma, pues implicaría para el prestatario la devolución del principal (cf. art. 1303 CC) sin el beneficio del plazo, lo que contraviene la finalidad de protección del prestatario frente al préstamo irresponsable[662] (cf. Considerandos 8 DCC y 15 DCI, y Preámbulos de la OTP, de la LCC

[661] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", ob. cit., p. 39 (y en trabajos posteriores, como "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2896-2897; y "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 6); GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 232-233; DIÁZ ALABART, S., quien señala que «la validez de los contratos de crédito hipotecario sobre bienes inmuebles es una de las cuestiones que exceden del ámbito de la DCH» (cfr. "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", ob. cit., p. 236; MAYORGA TOLEDANO, M. C.: "Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente", FLORES DOÑA, M. S. / RAGA GIL, J. T. (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 372; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 789; ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 17.

A favor de la nulidad del contrato ex art. 6.3 CC, *vid*. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", ob. cit., pp. 141-160, consultado en SSRN, Working Paper, p. 18; si bien en trabajos posteriores la considera «una medida de cierre» (cfr. "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 18); NASARRE AZNAR, S. / SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014", ob. cit.; SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia", ob. cit., p. 327.

[662] *Vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), parágrafos 42 y 43.

y de la LCCI). En este sentido, la doctrina ha considerado significativo[663] que el propio art. 18.4 de la DCI descarte la nulidad del contrato[664] en detrimento del prestatario cuando la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente, salvo que se demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

No obstante, a este respecto se ha señalado que el término «anular» utilizado en el art. 18.4 de la DCI podría no haberlo sido en sentido estricto en vista de que el Considerando 58 se refiere a la «rescisión»[665]. También encontramos esta imprecisión terminológica en las versiones inglesa (que utiliza el término «*cancel*» en el articulado y «*terminate*» en el Considerando), y francesa (que habla de «*annuler*» y de «*résilier*», respectivamente); mientras que la versión italiana mantiene el término «*risolvere*», y también lo hace la versión portuguesa, que se refiere a «*resolver*» tanto en el Considerando como en el articulado.

En mi opinión, en vista de que el término «anular» no está presente en todas las versiones lingüísticas de la Directiva, me inclino a pensar que el art. 18.4 de la DCI lo que pretende es impedir que las legislaciones nacionales prevean consecuencias frente a la evaluación *incorrecta* de la solvencia que impliquen, en perjuicio del deudor, la devolución de las contraprestaciones. Así, la referencia a la nulidad podría haberse incluido en previsión de que las legislaciones nacionales consideren el defecto en la información proporcionada por el prestatario un motivo de nulidad del contrato (un vicio

[663] Así lo considera también ANDERSON, M. que, si bien reconoce la existencia de una *prohibición*, entiende que la consecuencia de su contravención no sería la nulidad de contrato: «Parece que la propia Directiva [DCI] descarta la nulidad del crédito o préstamo, puesto que impide la revocación del mismo en el supuesto de que el control de solvencia no se hubiese llevado a cabo de manera adecuada (salvo si ello es imputable al propio consumidor). Y la razón de ello es bastante evidente: en absoluto interesa al consumidor tener que restituir el capital a raíz de la nulidad. Por tanto, aunque dogmáticamente esto pueda resultar desconcertante, la consecuencia de infringir una prohibición no es la nulidad.»; si bien, a renglón seguido, plantea la posibilidad de una «nulidad parcial» del contrato «hasta reducir la deuda a lo que razonablemente debió prestarse a la vista de la solvencia del deudor.» [*vid.* "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ob. cit., pp. 56-57]. Por su parte, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. destaca que «al menos debe tomarse como pauta el sancionar de algún modo esa conducta del prestamista [la falta de evaluación de la solvencia] sin perjudicar al consumidor y, en todo caso, impedirle anular y modificar el contrato con posterioridad en detrimento del consumidor.» (*vid.* "Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de ley de su transposición al ordenamiento jurídico español", ob. cit.

[664] El art. 18.4 de la DCI establece: «4. Los Estados miembros velarán por que, 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.»

[665] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 4.

en la causa, por ejemplo). A su vez, el precepto facultaría a los Estados miembros para permitir al prestamista ejercitar tales acciones frente al prestatario que haya causado la evaluación *incorrecta* al haber ocultado o falsificado información, penalizando de este modo su actuación dolosa.

El art. 11.4 de la LCCI transpone esta previsión aludiendo a la facultad de «resolver», «rescindir» o «modificar» en vez de a la nulidad[666]. Así, el legislador español ha transpuesto esta medida refiriéndose a las acciones rescisoria[667] y resolutoria, de manera que, por un lado, se impide con carácter general que el prestamista ejercite tales acciones, aunque eventualmente pudieran considerarse legítimas atendiendo al daño que una *incorrecta* evaluación puede suponerle (debido al riesgo de impago que no fue evaluado con exactitud), en vista de las consecuencias negativas que tendría para el prestatario la devolución del principal sin el beneficio del plazo, contrarias al objetivo de protección de la DCI; y, por otro lado, se faculta al prestamista para rescindir, resolver o modificar el contrato de préstamo en relación con el cual se haya efectuado una *incorrecta* evaluación de la solvencia por la actuación dolosa del prestatario. Como se ha dicho, la transposición en estos términos «evidencia que las irregularidades en la evaluación de la solvencia no afectan a la validez del contrato, sino a la esfera del cumplimiento», y que «el legislador español ha huido de la palabra nulidad»[668], lo que resulta relevante a los efectos de anudar consecuencias jurídicas al incumplimiento de la obligación de evaluar al solvencia del prestatario, tanto por la no evaluación, como por la concesión del préstamo sin ajustar la oferta al resultado de la misma.

Todo lo anterior nos lleva a corroborar nuestra opinión de que la declaración de nulidad radical del contrato por el incumplimiento del prestamista de su obligación de evaluar la solvencia debe quedar descartada, atendiendo tanto a una interpretación literal como a una interpretación teleológica.

---

[666] El art. 11.4 de la LCCI establece: «4. La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de *resolver*, *rescindir* o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.».

[667] De conformidad con el art. 1291 del CC, nos encontraríamos ante un acto rescindible determinado especialmente por la ley (cf. apartado 5º).

[668] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 4.

3. Consecuencias administrativas sancionadoras relativas al deber de evaluar la solvencia del prestatario y su ineficacia disuasoria

Como ya hemos adelantado, la normativa de préstamo responsable solamente ha señalado de manera expresa sanciones administrativas al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, opción legislativa que –como desarrollaremos a continuación– resulta reprochable, pues incumple los criterios de constituir sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Atendiendo a su carácter de norma de ordenación y disciplina, de conformidad con el art. 14.1 de la OTP, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, prevista en su art. 18, se sancionará de acuerdo con lo previsto en los arts. 96 y ss. de la LOSEC[669].

En el ámbito del crédito al consumo, la DCC no estableció sanciones concretas, alejándose del texto del art. 31 de la Propuesta de Directiva[670], que establecía, en relación con las sanciones:

> «Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las violaciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Dichas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas.
>
> Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito. Los Estados miembros deberán notificar estas disposiciones a la Comisión a más tardar el [. . .][dos años después de la entrada en vigor de la presente Directiva], así como toda modificación posterior de dichas disposiciones en el plazo más breve.»

Sin embargo, en la propuesta revisada de Directiva de 2005, tras las modificaciones introducidas en el texto inicial por el Parlamento Europeo[671], se eliminó la referencia a

---

[669] El art. 14.1 de la OTP hace referencia a la derogada LDIEC.

[670] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final - 2002/0222 (COD)]. La justificación del artículo propuesto destacaba expresamente: «El artículo 31 de la presente propuesta de Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar sanciones apropiadas cuando los profesionales en cuestión no respeten las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Nos referimos en particular a la pérdida de los intereses o a las sanciones, así como a la retirada de la autorización o la licencia.» (cfr. *ibidem*, p. 222).

[671] El Parlamento Europeo justificó la eliminación del art. 31 de la Propuesta de DCC señalando que «El establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas en caso de violación de las leyes

que «Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito»[672]; versión que fue finalmente adoptada en el art. 23 de la DCC.

En España, la LCC solamente estableció consecuencias administrativas para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Destaca en su preámbulo que el régimen sancionador «incide con especial énfasis en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la evaluación de la solvencia del consumidor» con el fin de «promover unas prácticas responsables en la fase previa al contrato». De acuerdo con el art. 34.2 de la LCC, el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte de las entidades de crédito[673] se sancionará, «siempre que no tenga carácter ocasional o aislado», como infracción grave, de acuerdo con lo establecido en la LOSEC[674].

Por su parte, en el ámbito del crédito hipotecario, al igual que la DCC, la DCI deja que sean los Estados miembros quienes establezcan las sanciones al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, proporcionando únicamente el criterio de que tales

---

de transposición presupone que los términos objeto de transposición sean objetivos y estén definidos con exactitud (nulla poena sine lege certa); de no ser así, las sanciones podrían dar lugar a inseguridad jurídica.» [cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores [COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)], Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), Enmienda 141, p. 75].

[672] *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, Bruselas, 23.11.2005 [COM(2005) 483 final/2], p. 50.

[673] Para el caso de personas físicas y jurídicas distintas de las entidades de crédito, el art. 34.1 prevé que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, siempre que no tengan carácter ocasional o aislado, sea sancionado como infracción grave o muy grave en materia de consumo (cf. Art. 50 y ss. Del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y demás normas estatales y autonómicas de aplicación).

[674] Al igual que la OTP, el art. 34.2 de la LCC hace referencia a la derogada LDIEC.

sanciones deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias»[675]. Así, el art. 38 de la DCI establece:

> «1. Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Esas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.
>
> 2. Los Estados miembros autorizarán a las autoridades competentes a hacer pública cualquier sanción administrativa que vaya a imponerse por incumplimiento de las disposiciones adoptadas para la transposición de la presente Directiva, a menos que dicha divulgación pueda suponer un grave riesgo para los mercados financieros o causar un perjuicio desproporcionado a las partes implicadas.»

En consecuencia, de forma similar a la transposición que la LCC hizo de la DCC, la LCCI transpone la DCI estableciendo de forma expresa únicamente sanciones administrativas por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. De acuerdo con el art. 47.1 de la LCCI, las sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia son las previstas en los arts. 97, 98 y 99 de la LOSEC, dependiendo de si se trata de una infracción muy grave, grave o leve.

Los incumplimientos de la obligación de evaluar la solvencia se considerarán una infracción grave [cf. art. 93.f) LOSEC; art. 46.2.a LCCI], salvo 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», considerándose, en tal caso, una infracción muy grave [cfr. art. 92.x) LOSEC; art. 46.1.a) LCCI]; o salvo que dichos incumplimientos tengan carácter ocasional o aislado, en cuyo caso tendrán la consideración de infracción leve [cf. art. 94 en relación con el art. 93.f) LOSEC; arts. 46.2.a *in fine* y 46.3 LCCI].

[675] La redacción final de la DCI no se alejó en este aspecto de la redacción contenida en la Propuesta de Directiva, si bien el art. 24 de la misma reconocía expresamente que las sanciones administrativas deberían adoptarse «Sin perjuicio de los procedimientos para la revocación de la autorización ni del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales», y que debían preverse «sanciones para casos específicos en los que los consumidores, deliberadamente, faciliten información incompleta o incorrecta con el fin de que la evaluación de su solvencia sea positiva, siendo que la información completa y correcta habría dado como resultado una evaluación negativa, y no puedan posteriormente satisfacer las condiciones del contrato» [cfr. COMISIÓN EUROPEA, 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)].

En particular, las sanciones susceptibles de imposición a las entidades de crédito para cada una de las infracciones anteriores son las siguientes (cf. arts. 97-99 LOSEC):

- *Multas* cuya cuantía podrá calcularse, bien como proporción de los beneficios derivados de la infracción (cuando puedan cuantificarse), bien como un porcentaje del volumen de negocios neto anual total[676], o como una cuantía máxima determinada, si aquel porcentaje fuera inferior; teniendo en cuenta que, cuando la entidad infractora fuese una filial, se tendrán en consideración, a efectos de determinar el importe de la multa, los recursos propios de la matriz en el ejercicio anterior. De acuerdo con este criterio, podrán imponerse las siguientes multas en función de la gravedad de la infracción:

		INFRACCIÓN MUY GRAVE	**INFRACCIÓN GRAVE**	**INFRACCIÓN LEVE**
MULTAS	Proporción de los beneficios derivados de la infracción (cuando puedan cuantificarse)	Entre el triple y el quíntuplo	Entre el doble y el triple	Del tanto al doble
	Porcentaje sobre el volumen de negocios neto anual total	Hasta el 10%	Hasta el 5%	Hasta el 1%
	Cuantía máxima determinada (si el porcentaje fuera inferior)	Hasta 10.000.000 €	Hasta 5.000.000 €	Hasta 1.000.000 €

Tabla 2: Multas susceptibles de imposición por el incumplimiento de las obligaciones de evaluación de la solvencia (cf. arts. 96 y ss. LOSEC).

- La *revocación de la autorización* de la entidad[677], que podrá imponerse de forma adicional o alternativa a las multas cuando se trate de una *infracción muy grave*.

Adicionalmente, podrán imponerse *medidas accesorias* consistentes en requerir al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla; amonestarle públicamente –cuando la infracción cometida sea grave o muy grave– a través de la publicación en el BOE de su identidad, la naturaleza de la infracción y las sanciones impuestas; o amonestarle de forma privada, cuando la infracción cometida sea grave o leve.

[676] «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 de conformidad con el artículo 316 del Reglamento (UE) n.º 575/2013, que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior» [cfr. arts. 97.1.a). 2º; 98.1.b); 99.1.b) LOSEC].

[677] Cuando se trate de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la UE, se impondrá la prohibición de que inicie nuevas operaciones en territorio español [cf. art. 97.1.b) LOSEC].

Con independencia de lo anterior[678], las personas responsables[679] de la infracción que ostenten cargos de administración o dirección[680] –de hecho o de derecho– en la entidad de crédito (cf. art. 89.1 LOSEC), podrán ser sancionados con una o más de las siguientes sanciones (cf. arts. 100-102 LOSEC):

	INFRACCIÓN MUY GRAVE	**INFRACCIÓN GRAVE**	**INFRACCIÓN LEVE**
Multas	Hasta 5.000.000 €	Hasta 2.500.000 €	Hasta 500.000 €
Suspensión en el ejercicio del cargo	Hasta 3 años	Hasta 1 año	-
Separación del cargo, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad	Hasta 5 años	Hasta 2 años	-
Inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación, en su caso, del cargo que ocupase el infractor en la entidad de crédito	Hasta 10 años	Hasta 5 años	-

Tabla 3: Sanciones susceptibles de imposición a los responsables del incumplimiento de las obligaciones de evaluación de la solvencia que ostenten cargos de administración o dirección (cf. arts. 100 y ss. LOSEC).

Adicionalmente a las sanciones anteriores, podrán imponerse medidas accesorias consistentes en el requerir al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla; amonestarle públicamente –cuando la infracción cometida sea grave o muy grave– a través de la publicación en el BOE de su identidad, la naturaleza de la infracción y las sanciones o medidas accesorias impuestas; o amonestarle de forma privada, cuando la infracción cometida sea leve.

[678] De acuerdo con el art. 89.1 de la LOSEC, la responsabilidad administrativa sancionable por la infracción de normas de ordenación y disciplina será imputable de manera independiente tanto las entidades de crédito, como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, de modo que la falta de incoación de expediente sancionador o el archivo o sobreseimiento del expediente incoado contra una entidad de crédito no afectará necesariamente a la responsabilidad en que pueden incurrir sus cargos de administración o dirección, y viceversa.

[679] De conformidad con el art. 104 de la LOSEC, las personas que ostenten cargos de administración o dirección serán responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente; y quedarán eximidos de responsabilidad cuando no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes, hubiesen votado en contra o salvado expresamente su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones, o cuando tales infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, miembros del órgano de administración con funciones ejecutivas, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones ejecutivas en la entidad.

[680] De conformidad con el párrafo primero del art. 89.3 de la LOSEC, «Son órganos de dirección de una entidad aquéllos que están facultados para fijar la estrategia, los objetivos y la orientación general de la entidad y que se ocupan de la vigilancia y control del proceso de adopción de decisiones de dirección, incluidos quienes dirigen de forma efectiva la entidad.».

Por lo demás, hay que tener en cuenta que la responsabilidad administrativa descrita podrá alcanzar a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa, en los términos previstos en el apartado 2 del art. 89 de la LOSEC[681].

Como hemos adelantado, la imposición de estas sanciones resulta independiente del impago por parte de los prestatarios de los préstamos suscritos con incumplimiento por parte del prestamista de sus obligaciones de evaluación de la solvencia[682]. En este sentido, las sanciones administrativas se imponen a las entidades de crédito en el ámbito de expedientes sancionadores incoados de oficio por las autoridades supervisoras en el marco de sus actividades de inspección, sin que sea necesaria la denuncia del cliente. Así ocurre también con respecto al incumplimiento de obligaciones similares en el ámbito del mercado de valores: al igual que la CNMV[683], el Banco de España, en el ejercicio de su actividad de supervisión, puede abrir expedientes sancionadores a las entidades que incumplan sus obligaciones de evaluación de la solvencia. La propia protección de los intereses generales justifica la actuación de oficio del supervisor, lo que tiene también un objetivo disuasorio, aunque su eficacia en este sentido sea cuestionable a la vista de la experiencia vivida durante la crisis financiera.

Tampoco es relevante a estos efectos el daño que, en su caso, dicho incumplimiento haya podido causar al prestatario, ni la acreditación de la relación de causalidad. A diferencia de lo que –como veremos– acontece en la reclamación de la responsabilidad civil contractual, estos elementos no resultan determinantes para la exigencia de responsabilidad administrativa al prestamista, si bien pueden constituir elementos cualitativos relevantes a la hora de determinar las concretas sanciones imponibles en cada caso.

---

[681] De acuerdo con art. 89.2 de la LOSEC, la responsabilidad administrativa prevista en el apartado 1 del mismo artículo podrá alcanzar a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa (cf. Capítulo III del Título I de la LOSEC); a aquéllas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Unión Europea; y a las personas sujetas al deber de notificación para la adquisición o incremento de participaciones significativas (cf. art. 17 LOSEC); además de a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables citadas.

[682] En el mismo sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 787. Critica este hecho CUENA CASAS, M. (*vid.* "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 6).

[683] *Vid*. CNMV: Comunicado sobre la obligación de las entidades de tomar medidas dirigidas a garantizar la fiabilidad de la información obtenida de los clientes para evaluar la conveniencia o idoneidad de sus inversores, 5 de febrero de 2019.

En este sentido, el órgano instructor tendrá en cuenta los criterios establecidos en el art. 103 de la LOSEC, esto es: la naturaleza, entidad, gravedad y duración de la infracción; el grado de responsabilidad en los hechos; el nivel de representación que el infractor ostente en la entidad infractora; la importancia de los beneficios obtenidos; las pérdidas causadas a terceros; el hecho de que los perjudicados sean prestatarios o avalistas en situación de vulnerabilidad o exclusión social[684]; las consecuencias para el sistema financiero o la economía nacional y/o las consecuencias sistémicas; la solidez financiera del responsable de la infracción, atendiendo, entre otros elementos objetivables, al volumen de negocio total –de la persona jurídica– o a los ingresos anuales –de la persona física–; la subsanación por propia iniciativa del infractor; la reparación de los daños o perjuicios causados; la conducta anterior del infractor en relación con las normas de ordenación y disciplina que le resulten exigibles[685]; y el nivel de cooperación con la autoridad competente.

A pesar de la aparente contundencia con que la regulación sancionadora penaliza algunos supuestos de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, la doctrina ha criticado duramente el régimen sancionador previsto de forma expresa en la normativa sobre préstamo responsable, por no resultar ni efectivo ni disuasorio[686], tal y como exigen la DCC y la DCI.

Así, se apunta certeramente que, como demostró la crisis financiera iniciada en el año 2008, dejar el control del préstamo responsable solamente en manos del supervisor bancario «es un modelo que ha fracasado», lo que –como indica la autora– se está

[684] Este criterio fue añadido como letra o) del art. 103 de la LOSEC por la disposición final 12.3 de la LCCI.

[685] Atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos cinco años [cf. letra ñ) del art. 103 LOSEC].

[686] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2887. En contra, *vid*. GALLEGO SÁNCHEZ, E., quien afirma que la sanción ha de ser «únicamente administrativa, no contractual», porque «Con ello se consigue incentivar el cumplimiento, tanto por parte de la entidad como por parte de los clientes, que se verán compelidos a no aceptar préstamo irresponsables, con la misma intensidad que aquella a no otorgarlos», y ello porque «si, finalmente, la entidad no pudiera hacer frente a una situación económica deficitaria, será este [el sistema financiero del Estado], mediante la repercusión al conjunto de los ciudadanos, quien se hará cargo del déficit», y «de otro lado, el montante económico de la sanción beneficiará al Estado y, por ende, a la ciudadanía en su conjunto» (en "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 239-240). También ALFARO ÁGUILA-REAL, J., quien señala 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.» (cfr. "La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo", *Blog Derecho Mercantil*, 8 de abril de 2014.

demostrando también en el ámbito del crédito al consumo[687]. En efecto, el Informe de Estabilidad Financiera del BdE del año 2019 señala en relación con este sector:

> «En definitiva, el crédito al consumo continúa creciendo a tasas de dos dígitos pero se observa una desaceleración significativa en la segunda mitad del año. Patrones tanto de oferta como de demanda están detrás de esta evolución, en particular el deseo de entidades con menor cuota de mercado de ganar peso en este segmento. Por otro lado, la morosidad está aumentando a tasas de dos dígitos y acelerándose, lo que pone de manifiesto una cierta fragilidad de la demanda de crédito en un contexto macrofinanciero muy benigno.
>
> En consecuencia, el Banco de España continuará siguiendo de cerca estos desarrollos que, de momento, no suponen un riesgo para la estabilidad del conjunto del sistema financiero español ni reclaman la adopción de medidas macroprudenciales, aunque sí requieren un aumento de la vigilancia en las condiciones de concesión de operaciones crediticias y el seguimiento a las entidades más dinámicas en este segmento.»[688]

De esta forma, el BdE reconoce que el aumento del crédito al consumo requiere «un aumento de la vigilancia en las condiciones de concesión de las operaciones crediticias», en el marco de las cuales –entendemos– se encuentra la evaluación de la solvencia. El crédito al consumo crece a tasas de dos dígitos –al igual que la morosidad, «y

[687] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana… y todos los partidos se dejan", *Hay Derecho*, 17 de diciembre de 2018. También en "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 1.

[688] Cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Informe de Estabilidad Financiera*, mayo 2019, p. 37.

acelerándose»–, un importante aumento que el supervisor lleva advirtiendo desde hace años[689], aunque el BdE reconoce que la vigilancia debe aún intensificarse[690].

Lo anterior da muestra de que la capacidad supervisora de la autoridad es, al fin y al cabo, limitada, de manera que las sanciones que se impongan en el marco de expedientes sancionadores instados de oficio, fruto de la actividad de inspección, llegarán en algunos casos y llegarán muchas veces tarde.

Por ello, entendemos –al igual que la doctrina citada– que un marco sancionador del préstamo irresponsable únicamente administrativo no cumple con el requisito de que las sanciones sean disuasorias.

Junto a este limitado efecto disuasorio, la previsión legal únicamente de sanciones administrativas incumple el objetivo de protección del prestatario que persigue la normativa sobre evaluación de la solvencia. Así lo ha declarado la STJUE (Sala Segunda)

[689] *Vid.* BANCO DE ESPAÑA: *Informe de Estabilidad Financiera*, noviembre 2018, p. 46. El BdE señala este aumento del crédito al consumo como uno de los factores de riesgo para la estabilidad del sistema bancario español: «Adicionalmente, como consecuencia en parte de la evolución de la demanda de crédito, así como de la búsqueda de segmentos de negocio más rentables, se han producido crecimientos elevados en el crédito al consumo para adquisición de bienes duraderos (gráfico B). El crecimiento muy rápido del crédito suele llevar aparejado un mayor riesgo, aunque éste tarde cierto tiempo en manifestarse. De hecho, los niveles de morosidad se han incrementado recientemente, lo que exigirá que las entidades provisionen adicionalmente el aumento de la morosidad, y revisen la sostenibilidad de su tasa de expansión en este segmento de negocio y si los criterios de concesión de las nuevas operaciones se ajustan al perfil de riesgo a medio plazo que desean para su cartera de crédito.» (cfr. p. 19). Por ello, advierte a las entidades: «Por su parte, las entidades deberán seguir vigilantes respecto a la evolución de la morosidad, provisionando adecuadamente los nuevos dudosos, y a las condiciones de concesión de este tipo de préstamos evitando cualquier tipo de relajación de los estándares crediticios necesarios para que estas inversiones más rentables no terminen por convertirse en las más arriesgadas por las pérdidas que pudieran llevar asociadas.» (cfr. p. 49).

[690] No obstante, esta evolución se ha visto afectada por la crisis del Covid-19, según los datos del Banco de España de junio de 2020 sobre préstamos bancarios. En particular, en relación con el crédito a los hogares para el consumo, se señala: «Los criterios de concesión de préstamos para consumo y otros fines se habrían endurecido durante el segundo trimestre de 2020, continuando la tendencia que se viene registrando desde el último trimestre de 2018, aunque en este caso de forma más acusada. De acuerdo con las respuestas recibidas, esta evolución de la oferta se explicaría fundamentalmente por el deterioro de las perspectivas económicas generales y por la menor solvencia percibida de los prestatarios, y, en menor medida, por una menor tolerancia al riesgo por parte de las entidades financieras y por una mayor percepción de riesgos relativos a las garantías solicitadas (véase gráfico 2). Las condiciones generales de este tipo de créditos también se habrían endurecido, principalmente como resultado de una mayor percepción de riesgos y una menor tolerancia a estos por parte de las entidades financieras, lo que se tradujo en un aumento de los márgenes aplicados, tanto a los préstamos ordinarios como a los de mayor riesgo, una disminución de las cuantías concedidas, unos vencimientos más cortos y un aumento de las garantías requeridas. Por su parte, el porcentaje de solicitudes de fondos denegadas volvió a crecer levemente durante el segundo trimestre de 2020.» (cfr. MENÉNDEZ PUJADAS, A.: "Encuesta sobre préstamos bancarios en España: junio de 2020", *Artículos Analíticos*, Boletín Económico 3/2020, Banco de España, 2020, p. 8).

de 5 de marzo de 2020, en el asunto C‑679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167)[691]:

> «38 En efecto, cabe señalar que la Comisión Europea sostuvo en la vista, sin ser rebatida, que la autoridad supervisora checa competente —a saber, el Banco Nacional Checo— nunca ha notificado una resolución de imposición de multas por el incumplimiento de esa obligación [de evaluación de la solvencia del prestatario] por parte del prestamista. Además, como ha expuesto la Abogada General en el punto 82 de sus conclusiones, tales sanciones no pueden garantizar por sí solas de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva.»

Tal y como señala la STJUE y la doctrina ha apuntado[692], la ausencia de efectos de las sanciones administrativas en el contrato suscrito con incumplimiento de la evaluación de la solvencia hace que la infracción de la norma quede impune en relación con el concreto prestatario que sufre las consecuencias derivadas de la concesión irresponsable del préstamo. Este nulo efecto de la sanción administrativa en las obligaciones contractuales hace, además que el cliente no tenga incentivos para instar que se inicie el procedimiento administrativo contra la entidad, por lo que la investigación de estas infracciones queda –como decíamos– en manos de un supervisor con capacidad limitada de inspección.

De este modo, con las sanciones administrativas, el prestatario –como acreedor de la prestación obligatoria de la evaluación de la solvencia– no se verá resarcido del daño que el prestamista le hubiere causado con su incumplimiento, sino que precisará para ello de sanciones civiles con efectos sobre el contrato que le vincula con el prestamista incumplidor; ello sin perjuicio de que la imposición de tales sanciones queda justificada en todo caso en beneficio del conjunto del mercado.

---

[691] La STJUE tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Okresní soud v Ostravě (Tribunal comarcal de Ostrava, República Checa), en el marco de litigio entre OPR-Finance s.r.o. y GK «en relación con una reclamación de los importes pendientes de pago en virtud de un contrato de crédito concedido a GK por la citada sociedad», y se refiere a la interpretación de los artículos 8 y 23 de la DCC.

[692] *Vid*. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2888 (también en "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 6); ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 14-15;

Todo lo anterior nos lleva a explorar otras vías para la efectiva protección de los intereses del prestatario ante el incumplimiento del prestamista de la obligación de evaluar la solvencia. Por ello, a continuación, analizaremos las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento.

4. Consecuencias sobre la eficacia del contrato del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

El carácter de norma de conducta del deber de evaluar la solvencia del prestatario define las consecuencias de su incumplimiento. Por una parte, señala –como hemos visto– su sujeción a la supervisión del Banco de España y la imposición de sanciones por su infracción en el marco de un expediente sancionador. Por otra parte, como veremos a continuación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha desarrollado una abundante jurisprudencia en relación con el incumplimiento por parte de las empresas de servicios de inversión de normas de conducta en el ámbito del mercado de valores que –*mutatis mutandis*– cabe aplicar en el ámbito del mercado de crédito. Tal jurisprudencia parte de la premisa de que las normas de conducta «son normas que regulan principalmente aspectos jurídico-públicos relacionados con la actuación de las empresas que actúan en el mercado de valores, pero tienen incidencia directa en el contenido jurídico-privado del contrato en aspectos tales como imparcialidad y buena fe exigibles al profesional en su relación con la clientela, nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, información que debe recabar de los clientes y que debe facilitar a los mismos, contratos tipo, publicidad de las tarifas, etc.»[693]. Como se ha señalado, en la medida en que la actividad bancaria tiene repercusión frente a los clientes, las obligaciones que en ella se

[693] Cfr. STS 244/2013, de 18 de abril, del Pleno de la Sala de lo Civil (Roj: STS 2589/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2589).

establecen se insertan en la relación jurídico-privada entre prestamista y prestatario y sus incumplimientos inciden en la relación contractual entablada entre ellos[694].

Frente al escaso –o nulo– carácter disuasorio de las sanciones administrativas, las sanciones civiles resultan más potentes en este sentido, además de ser más adecuadas para lograr el fin de protección del prestatario que propugnan las directivas comunitarias[695] y que el TJUE ha señalado como inherente a la obligación de evaluar la solvencia[696]. En cualquier caso, ambas consecuencias jurídicas –administrativas sancionadoras y civiles– resultan compatibles entre sí[697].

Tanto la LCC como la LCCI reconocen que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene efectos civiles y mercantiles, además de administrativo-sancionadores. Así, el art. 34.3 de la LCC señala que «en el expediente sancionador no podrán resolverse las cuestiones civiles o mercantiles que suscite el incumplimiento» de la evaluación de la solvencia y demás disposiciones de la LCC; e, igualmente, el art. 47.5 de la LCCI dispone que «la apertura de un expediente sancionador no limitará las acciones que el prestatario pueda iniciar frente al prestamista».

De lo anterior se infiere que tanto la LCC como la LCCI reconocen que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia –y de cualquier otra obligación establecida en sendas leyes– tiene consecuencias en el ámbito civil o mercantil, susceptibles de ser objeto de acciones por parte del prestatario, que deberán resolverse de

[694] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 754; COLLADO RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 173. Sobre las distintas posturas doctrinales en relación con la eficacia jurídico-privada de las normas de protección del cliente bancario (a las cuales ya nos hemos referido en el Capítulo I, epígrafe 4.2.2), *vid.* CASADO NAVARRO, A.: "La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores", ob. cit., pp. 10-14.

[695] En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 14.

[696] *Vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), apartado 52. En el mismo sentido, *vid.* STJUE (Sala Primera) de 6 de junio de 2019, en el asunto C‑58/18, Michel Schyns y Belfius Banque SA (ECLI:EU:C:2019:467), apartado 41.

[697] Defiende esta coexistencia entre sanciones de Derecho público y sanciones de Derecho privado ARROYO AMAYUELAS, E. (*vid.* "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 15).

acuerdo con la legislación civil y mercantil aplicable en sede distinta a las consecuencias administrativas objeto del expediente sancionador, esto es –a falta de previsión específica distinta–, en sede judicial[698].

A pesar de ello, ni la normativa de carácter general ni la normativa de carácter especial sobre préstamo responsable prevé expresamente consecuencias sancionadoras del incumplimiento con incidencia en la relación contractual con el prestatario. Por ello, debemos recurrir al Derecho civil general de obligaciones y contratos.

Descartada la nulidad radical ex art. 6.3 del CC por incumplimiento de normas imperativas por los motivos ya expuestos, debemos considerar igualmente desdeñables –atendiendo a la interpretación teleológica apuntada– las sanciones civiles que entrañen la ineficacia del contrato con consecuencias de devolución de contraprestaciones, como son la rescisión (ex arts. 1290 y ss. del CC) o la resolución del contrato (ex art. 1124 del CC).

La resolución del contrato ex art. 1124 del CC tampoco parece viable, además, por cuanto la jurisprudencia considera su aplicación restrictiva, de modo que debe apreciarse un verdadero y grave incumplimiento de las obligaciones esenciales que incumban a la parte y que constituyan el objeto principal del contrato; por lo que no procede cuando la obligación incumplida tiene –como es el caso de la obligación de evaluar la solvencia– un carácter accesorio o complementario, aunque se encuentre incorporada en un contrato bilateral[699].

Por lo demás, la jurisprudencia en el ámbito del mercado de valores ha considerado que el incumplimiento de normas de conducta no justifica la aplicación del art. 1124 del CC. Así lo reconoce la STS 491/2017, de 13 de septiembre, del Pleno de la Sala de lo Civil (Roj: STS 3247:2017 - ECLI: ES:TS:2017:3247) que, como veremos más adelante,

[698] Sin perjuicio de lo previsto en el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 16 de diciembre de 2022, Núm. 134-1, pp. 1-44), actualmente en tramitación parlamentaria.

[699] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., pp. 234-235; quien añade: «Es cierto que la doctrina civilista estima que las obligaciones precontractuales pueden integrarse en el esquema de sinalagmaticidad sobre el que se basa la resolución por incumplimiento, pero también lo es que será difícil concluir que dos obligaciones precontractuales impuestas en normas administrativas son obligaciones esenciales constitutivas del objeto del contrato, cuando el contrato es un préstamo o crédito.» (cfr. ibid., p. 235).

recoge la doctrina sentada por la Sala que avala la posibilidad de exigir la responsabilidad civil contractual a la entidad por el incumplimiento de normas de conducta relativas al deber de información y de evaluación cuando exista relación de causalidad entre tal incumplimiento y la pérdida sufrida por el cliente, pero niega la viabilidad de ejercitar una acción de resolución del contrato ex art. 1124 del CC con base en esos mismos incumplimientos:

> «Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual.»

Igualmente, la nulidad o anulabilidad del contrato ex art. 1301 del CC por ausencia o vicio de alguno de sus elementos –en particular, el consentimiento– podría instarse si se dan tales circunstancias[700], pero el prestatario carecerá de incentivos para ello atendiendo a sus consecuencias[701].

En suma, tanto la resolución del contrato por incumplimiento, como la nulidad absoluta o relativa por ausencia o vicio en alguno de los elementos esenciales del contrato –en particular y, más comúnmente, en el consentimiento–, se trataría de sanciones contractuales carentes de efectividad[702].

---

[700] Defienden esta opción DE LA PEÑA, L. / LÓPEZ FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", ob. cit., p. 64.

[701] En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 18; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 19.

[702] En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 793.

Por todo ello, ante la ausencia de una sanción civil expresamente recogida en la normativa, la consecuencia jurídica civil del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario será la responsabilidad civil contractual del prestamista ex art. 1101 del CC[703].

Antes de entrar a evaluar en detalle esta consecuencia jurídica, debemos dejar claro desde ahora que esta no es la solución idónea, sino que se trata de la única opción que el sistema actualmente vigente otorga a los prestatarios para tratar de obtener un resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el préstamo irresponsable[704], dado que ninguna de las normas sobre préstamo responsable actualmente vigentes establece expresamente consecuencias civiles para resarcir al prestatario en caso de incumplimiento del prestamista. Se trata de un defecto grave de la regulación que la priva en gran medida de su virtualidad al empujar al prestatario a tratar de ser indemnizado por la vía del Derecho civil general, con los muchos los inconvenientes que ello plantea[705].

Por ello, resulta preciso que planteemos ciertas propuestas de *lege ferenda* apuntadas por la doctrina e inspiradas por las resoluciones del TJUE y el Derecho comparado que podrían constituir consecuencias jurídicas más acertadas ante el incumplimiento de las normas de préstamo responsable.

---

[703] En este sentido se pronuncia ZUNZUNEGUI, F. (*vid.* "Prohibición de dar crédito sin test de solvencia", ob. cit., p. 3; "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 17). Así lo sugiere también ALBIEZ DOHRMANN, K. J. al señalar: «Siendo una Directiva [la DCI] de «conductas» de los participantes en el mercado financiero para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, no es necesario, en principio regular normas nacionales de mayor intensidad ya que siempre se puede acudir a las normas generales de la contratación para controlar la conducta que sea contraria a la buena fe subjetiva de los contratantes.» [cfr. "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", ob. cit., p. 26]. También la considera una vía posible ÁLVAREZ OLALLA, P., sin perjuicio de los inconvenientes que presenta –y que veremos en epígrafes siguientes– (*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 790-793). En el mismo sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 16-17.

[704] En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 21.

[705] En este sentido, se ha apuntado que «En la práctica, parece que solo hay sanciones administrativas por mucho que la doctrina luche por defender sanciones contractuales que, a mi juicio, son ineficientes y absolutamente inútiles, tal y como la práctica ha puesto de manifiesto.» (cfr. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 5).

4.1. La responsabilidad contractual por incumplimiento de normas de conducta

Sentada la naturaleza de obligación contractual accesoria establecida en una norma de conducta imperativa de la evaluación de la solvencia, su incumplimiento tiene como consecuencia jurídica, y sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse, la responsabilidad civil contractual del prestamista ex art. 1101 del CC, según el cual «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.».

4.1.1. Aplicabilidad del art. 1101 del CC

Antes de entrar a valorar los requisitos que deben cumplirse para interponer la reclamación de daños y perjuicios, conviene aclarar la aplicabilidad del art. 1101 del CC tratándose la evaluación de la solvencia de una obligación precontractual (cf. art. 29.1 LES, art. 18.1 OTP, art. 14.1 LCC, art. 11.1 LCCI). En este sentido, si bien algunos autores han apuntado que no es posible interponer la reclamación de la responsabilidad *contractual* del prestamista, por quedar la obligación de evaluar la solvencia fuera de la órbita del contrato[706], otros han señalado que podría tratarse de un supuesto de incumplimiento de una obligación precontractual que, al no haber impedido la efectiva

[706] *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., quien señala: «Tratándose de una infracción de una norma de conducta que, por definición, concierne a la fase precontractual y declarándose la invalidez o resolución del negocio jurídico, resultaría aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual.» (cfr. "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 235). También se pronuncia a favor de la responsabilidad extracontractual ex art. 1902 del CC ALFARO AGUILA-REAL, J.: "La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo", ob. cit. Igualmente, considera que la responsabilidad es extracontractual DIAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", ob. cit., p. 235.

celebración del contrato (como ocurre muchas veces en supuestos de incumplimiento de obligaciones de información), daría lugar a la responsabilidad civil *contractual*[707].

Por su parte, la jurisprudencia ha constatado en el ámbito del mercado de valores el carácter integrador del contenido del contrato de las normas de conducta. En este sentido, la STS 244/2013, de 18 de abril, del Pleno de la Sala de lo Civil (Roj: STS 2589/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2589)[708], analiza la incidencia en el contrato de gestión discrecional de carteras del resultado de la evaluación de la idoneidad que resulta preceptivo de acuerdo con la regulación sectorial en los siguientes términos:

> «Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719

[707] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 791.

Aunque se trata de una cuestión no exenta de polémica, así parece considerarse en el *Draft Common Frame of Reference* europeo, donde se señala, al abordar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información, que se aplicarán a estos incumplimientos los remedios previstos para los incumplimientos contractuales («*Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations.*») [*vid.* Book II, Chapter 3, II. – 3:109: Remedies for breach of information duties, BAR, C. V. / CLIVE, E. M.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (DCFR), prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Outline Edition, Ed. Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 192]. Así lo interpretan GARCÍA RUBIO, M. P. / OTERO CRESPO, M.: «Aún se da un paso más allá, pues el mismo párrafo inmediatamente precitado añade que el acreedor de los deberes de información incumplidos tiene a su disposición todos los remedios derivados del incumplimiento de las obligaciones, lo cual parece significar la transformación de los deberes de información en verdaderas obligaciones; o, en términos clásicos, que este supuesto concreto de responsabilidad precontractual está recibiendo el tratamiento de la genuinamente contractual.» (cfr. "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 2, 2010, pp. 13-14). *Vid.* También ASÚA GONZÁLEZ, C. I., quien señala que, en los casos en los que, habiéndose celebrado un contrato válido, una de las partes ve lesionados sus intereses por un comportamiento de la otra contrario a la buena fe en la fase precontractual –consistente, enparticular, en la infracción de una obligación de información–, de modo que la parte dañada se encuentra vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio y al que, de haber contado con la información pertinente, no se habría vinculado o lo habría hecho en otras condiciones, «Las consecuencias indemnizatorias previstas serán las necesarias para poner a la parte perjudicada en la situación en la que estaría si el contrato no se hubiera celebrado» (cfr. "Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)", PARRA LUCÁN, M.A. (coord.), *Negociación y perfección de los contratos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 161-163.

[708] En la STS 244/2013, de 18 de abril, el Pleno de la Sala de lo Civil estima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Valencia (sección 9ª), 283/2011, de 28 de junio (rollo núm. 289/2011) que estimó el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) contra la SJPI nº 27 de Valencia de 30 de diciembre de 2010 que estimó la demanda por la cual se solicitaba, entre otros pedimentos, la condena a la entidad demandada «por causa de incumplimiento culposo con negligente del contrato de gestión, objeto de este procedimiento, a que abone a mi representada la suma de 291.488,84 euros.», por la adquisición de unas participaciones preferentes de Lehman Brothers, producto financiero complejo y de alto riesgo contraria al perfil de riesgo bajo declarado por los clientes en el test de idoneidad. Entre los motivos de casación, la recurrente alegó la «infracción de los artículos 1.726 del Código Civil relativo al contrato de mandato, en relación a la infracción de los artículos 255 y 264 del Código de Comercio, relativos al contrato de comisión mercantil y artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores».

del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica. Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida.»

Como consecuencia de dicho carácter integrador, la misma Sentencia declara la responsabilidad contractual del prestador del servicio de inversión por el incumplimiento de la obligación de efectuar al cliente la preceptiva evaluación de la idoneidad:

«En conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores […] sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas.»

Aplicando esta jurisprudencia a la obligación de evaluar la solvencia, se ha concluido que la información sobre el cliente, obtenida en el marco de dicha evaluación, tiene una función integradora del contenido del contrato[709].

Si bien es cierto que la sentencia citada se refiere a la integración de la información obtenida del cliente como instrucciones al gestor en el marco de la comisión mercantil (ex art. 1726 CC y arts. 255 y 264 CCom) –relación jurídica de distinta naturaleza a la entablada en el contrato de préstamo–, entiendo que la evaluación de la solvencia integra el contenido del contrato en el sentido de que constituye una obligación accesoria a la obligación principal de entregar o poner a disposición la cuantía del préstamo. Como hemos analizado con anterioridad[710], una interpretación teleológica de la normativa sobre evaluación de la solvencia indica que lo pretendido es ajustar la oferta de crédito al resultado del análisis de la capacidad de pago y la *proclividad* de pago del cliente; de

[709] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 16, 2014, págs. 141-160, consultado en SSRN, Working Paper, p. 18.

[710] *Vid.* Capítulo III.

modo que el resultado de la evaluación integraría la prestación de la obligación principal del prestamista.

Por tanto, en mi opinión, la jurisprudencia anteriormente citada resulta aplicable –*mutatis mutandis*– en cuanto a la apreciación que hace del incumplimiento de obligaciones de conducta precontractuales para exigir la responsabilidad civil contractual a la entidad por el daño causado al cliente.

Así, esta resolución inició una línea jurisprudencial clara en este sentido, sintetizada en la STS 491/2017, de 13 de septiembre, del Pleno de la Sala de lo Civil (Roj: STS 3247:2017 - ECLI: ES:TS:2017:3247)[711]. Esta sentencia recoge el criterio sentado en numerosos pronunciamientos anteriores, reconociendo que cabe la exigencia de responsabilidad civil contractual a la entidad por el incumplimiento de sus deberes de información (y también de evaluación) cuando exista relación de causalidad entre tal incumplimiento y la pérdida sufrida por el cliente[712]:

> «En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» […] »En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. […] »De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el

[711] En la STS 491/2017, de 13 de septiembre, el Pleno de la Sala de lo Civil desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Barcelona (sección 19ª), 399/2014, de 19 de noviembre (rollo núm. 414/2013) que estimó el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank, S.A. contra la SJPI nº 5 de Barcelona de 11 de junio de 2013 que estimó la demanda por la cual se solicitaba, entre otros pedimentos, la resolución del contrato de depósito o administración de valores con la indemnización correspondiente a la suma indebidamente invertida en unos bonos (preferentes) del banco islandés Landsbanki Island y al pago de los intereses devengados. En el motivo único de casación, la recurrente alegó la «infracción de la doctrina jurisprudencial que define el alcance del deber de información de las entidades financieras recogido en el art. 78 de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 4, 5 y 6 del R.D. 629/1993 y art. 5 de su Anexo».

[712] Por otro lado, como ya hemos citado con anterioridad (*vid.* Epígrafe 4 de este mismo Capítulo), la misma sentencia descarta que esos mismos incumplimientos puedan dar lugar a la resolución del contrato ex art. 1124 del CC, al tratarse de incumplimientos precontractuales.

demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.»

Por tanto, de acuerdo con la anterior interpretación, el incumplimiento del prestamista de su obligación precontractual de evaluar la solvencia del prestatario de acuerdo con las operaciones previstas en la ley, y de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación, permite al prestatario exigir la responsabilidad civil contractual al prestamista ex art. 1101 del CC por los daños que su incumplimiento le hubiere causado[713].

4.1.2. El presupuesto de la responsabilidad y la carga de la prueba del incumplimiento

El presupuesto de la responsabilidad civil del prestamista (cf. art. 1101 CC) es la entrega o puesta a disposición de las cantidades del préstamo o crédito con incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia que, tal y como sostenemos, de acuerdo con la legislación vigente, consistiría tanto en la no evaluación atendiendo a las operaciones previstas en la ley, como en la concesión del préstamo sin ajustar la oferta de crédito al resultado del test de solvencia.

Al tratarse la evaluación de la solvencia de una obligación de medios, que tiene por contenido –a diferencia de las obligaciones de resultado– el mero despliegue de una conducta diligente, la culpa-negligencia del prestamista, como deudor de la obligación, supone el no (exacto) cumplimiento de la obligación: el prestamista, o bien no ha realizado la evaluación, o bien ha llevado a cabo dicha actividad sin desplegar el parámetro de conducta diligente debida[714].

[713] En cualquier caso, conviene tener presente la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 30 de junio de 1961, reproducida en la reciente STS 463/2022, de 2 de junio (Roj: STS 2150/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2150): «basta atender al texto de dicho artículo 1.101 y a su emplazamiento en el Código, entre las disposiciones generales del capítulo primero del título I del libro IV, anteriores a las que regulan especialmente los contratos, objeto del título segundo, así como a los términos de los artículos 1.102 y 1.103, que expresamente se refieren "a toda clase de obligaciones", para concluir afirmando que es aplicable a todas ellas y no exclusivamente a las de índole contractual, y Tercero. Que así está reconocido de manera explícita por la sentencia de 14 de diciembre de 1894; 2 de marzo de 1904, 21 de noviembre de 1913, 3 de julio de 1924, 12 de diciembre de 1929, 18 de marzo de 1932 y 5 de enero de 1949.».

[714] *Vid.* JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., pp. 29-30.

Teniendo en cuenta su deber de actuar atendiendo al mejor interés del cliente[715], la diligencia del prestamista en la evaluación de la solvencia viene dada por la realización de cada una de las operaciones previstas en la ley. La ley define la conducta diligente[716] para ver cumplida la obligación: la valoración, positiva o negativa, sobre la «capacidad de pago» o las «perspectivas de cumplimiento» del prestatario, y el ajuste de la oferta de crédito al resultado de la evaluación. Por tanto, el incumplimiento consistente en la no realización de cualquiera de estas operaciones supondría que el prestamista está siendo *negligente*.

En este sentido, la doctrina ha señalado certeramente que la normativa sectorial «constituye un auténtico protocolo de actuación de la actividad bancaria y que configuraría la *Lex artis* propia de la operación de evaluación de la solvencia en la concesión de préstamos –al igual que lo es el Código de la Edificación respecto de la construcción de viviendas–, de tal modo que esta normativa serviría para delimitar el concepto de diligencia debida en el actuar contractual o extracontractual de la entidad, de cara a facilitar una posible reclamación por daños contractuales o extracontractuales por parte del cliente bancario.»[717].

En cualquier caso, hay que tener presente que, ante la interposición de una acción de responsabilidad, no es el prestatario quien debe probar el incumplimiento, sino que es el prestamista quien debe acreditar el cumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia[718], y ello con base en el principio de reparto de la carga de la prueba teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes

[715] *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4. El principio de actuación en el mejor interés del cliente de las entidades financieras resulta relevante a efectos de apreciar la diligencia debida por las entidades de crédito. En el ámbito del mercado de valores, por ejemplo, se ha apuntado que el deber de actuación en el mejor interés del cliente (cf. art. 24.1 MiFID II) es de aplicación directa, lo que puede suponer la responsabilidad de las entidades, administrativa (art. 70.3.a.x MiFID II) o civil (art. 69.2 MiFID II), incluso en casos en los que ninguna norma de conducta específica ha sido violada (*vid.* ENRIQUES, L. / GARGANTINI, M.: «The Expanding Boundaries of MiFID's Duty to Act in the Client's Best Interest: The Italian Case», *The Italian Law Journal*, Vol. 3, Num. 2, 2017, p. 486).

[716] En este sentido se ha definido la evaluación de la solvencia como una obligación de diligencia (cfr. MUÑIZ ESPADA, E: *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho europeo*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 111).

[717] Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 756-757.

[718] En el mismo sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 783; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 20; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

del litigio (cf. art. 217.7 de la LEC). Este principio ha sido reiteradamente aplicado por el Tribunal Supremo en casos de incumplimiento de los deberes de información y evaluación del cliente en el ámbito de la prestación de servicios de inversión[719]. Asimismo, el Banco de España ha corroborado este criterio al señalar el deber de las entidades de conservar la documentación relativa al cumplimiento de sus obligaciones:

> «Este DCMR [Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones] entiende, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, que las entidades han de conservar toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, no solo durante el plazo de seis años, sino al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas»[720].

El TJUE parece aplicar este principio en su Sentencia de 18 de diciembre de 2014 al analizar la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 5 y 8 de la DCC:

> «Se tiene que precisar, no obstante, que la observancia de ese último principio quedaría afectada si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones impuestas por los artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48 incumbiera al consumidor. En efecto, éste no dispone de los medios que le permitan probar que el prestamista no le ha facilitado la información prescrita por el artículo 5 de esa Directiva y no ha comprobado su solvencia.
>
> En cambio, la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 2008/48 se asegura por una regla nacional según la cual el prestamista está obligado en principio a acreditar ante el juez el buen cumplimiento de esas obligaciones precontractuales. Como se ha recordado en el apartado 21 de la presente sentencia, esa regla pretende así garantizar la protección del consumidor, sin lesionar de modo desmesurado el derecho del prestamista a un proceso justo. En efecto, como ha expuesto el Abogado General en el punto 35 de sus conclusiones, un prestamista diligente debe ser consciente de la necesidad de reunir y conservar pruebas del cumplimiento de las obligaciones de información y de explicación que le incumben.»[721]

Sobre la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones, la propuesta inicial de DCC establecía en su art. 33 que los Estados miembros podrían disponer que la

---

[719] Entre otras, *vid.* SSTS 28/2003, de 20 de enero (Roj: STS 162/2003 - ECLI: ES:TS:2003:162); 489/2015, de 16 de septiembre (Roj: STS 4004/2015 - ECLI: ES:TS:2015:4004); 726/2015, de 22 de diciembre (Roj: STS 5674/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5674).

[720] Cfr. BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de reclamaciones*, 2017, p. 185.

[721] Cfr. Apartados 27 y 28 de la STJUE (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C-449/13, CA Consumer Finance SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (ECLI:EU:C:2014:2464).

carga de la prueba del incumplimiento de las «obligaciones de información al consumidor por parte del prestamista y el intermediario de crédito, y del consentimiento del consumidor para la suscripción y, en su caso, la ejecución de un contrato, así como la carga de la prueba de la remuneración de las actividades del intermediario de crédito», recayese sobre el prestamista o el intermediario de crédito[722]; lo que fue acogido por el CESE[723]. Sin embargo, el Parlamento Europeo eliminó la inversión de la carga de la prueba propuesta por la Comisión, justificándolo del modo siguiente:

> «Se propone que la carga de la prueba incumba siempre a la persona que afirme que un acto ha tenido o no ha tenido lugar. Esto reviste particular importancia en relación con el artículo 9. La cuestión de si un préstamo ha sido "responsable" o no se dará con suma probabilidad en caso de impago por parte del consumidor, a quien posteriormente el prestamista lleve a los tribunales para obtener el reembolso de la deuda. Cabe temer que la inversión de la carga de la prueba propicie los impagos fraudulentos o malintencionados.»[724]

[722] *Vid.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final].

[723] Sobre este particular, el CESE propuso: "Sustituir la expresión «Los Estados miembros podrán disponer que la carga de la prueba ...» Por «Los Estados miembros deberán disponer que la carga de la prueba ...»." [cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 8].

[724] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)), Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), p. 139.

El PLADCF confirma este reparto de la carga de la prueba para evaluar los incumplimientos de las normas de conducta que sustenten la reclamación del cliente[725].

De acuerdo con la doctrina del TJUE, esta carga de la prueba, además, no se ve desvirtuada por la firma por parte del prestatario de cláusulas de conocimiento o exoneración de responsabilidad (los habitualmente conocidos como «*disclaimers*»)[726]:

> «En ese sentido, del artículo 22, apartado 3, de la Directiva 2008/48 resulta que una cláusula como esa no debe permitir que el prestamista eluda sus obligaciones. Así pues, la cláusula tipo referida constituye un indicio que el prestamista tiene que corroborar con uno o varios medios de prueba pertinentes. […]
>
> Si, en cambio, una cláusula tipo de esa clase significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 2008/48. Así pues, corresponde al tribunal remitente verificar si el valor probatorio de esa cláusula tipo afecta a la posibilidad, tanto para el consumidor como para el juez, de poner en cuestión el debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales de información y de comprobación que incumben al prestamista.»[727]

La ineficacia de este tipo de cláusulas ha sido también señalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha destacado reiteradamente:

---

[725] El art. 35 del PLADCF dispone: «(…) 3. La acreditación del cumplimiento de las obligaciones de información que las normas de conducta imponen a la entidad financiera corresponderá a esta última. En particular, corresponderá a la entidad financiera aportar a la Autoridad la documentación e información precontractual y contractual que esté obligado a entregar o poner en conocimiento del cliente relativos al servicio financiero objeto de reclamación.

4. Para los supuestos no previstos en el apartado anterior, cuando se consideren dudosos unos hechos relevantes para la decisión, se desestimará la pretensión del cliente o de la entidad financiera, según corresponda a uno u otra la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones.

Corresponderá al cliente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la reclamación.

Corresponderá a la entidad financiera la carga de probar los hechos que, conforme a las leyes que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el párrafo anterior.

Para la aplicación de lo dispuesto en este apartado, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes de la reclamación.».

[726] Lo destaca, asimismo, ÁLVAREZ OLALLA, P. (*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 783).

[727] Cfr. Apartados 30 y 31 de la STJUE (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C‑449/13, CA Consumer Finance SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (ECLI:EU:C:2014:2464).

«Estas menciones predispuestas en los contratos conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencia núm. 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, y 265/2015, de 22 de abril) la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.»[728]

Sin perjuicio de lo anterior, ya hemos señalado en epígrafes precedentes[729] la importancia de que el cliente cuente con la prueba documental del resultado de la evaluación de su solvencia. Como se ha dicho, «de nada vale regular el préstamo responsable si luego no es posible probar que el préstamo se concedió de manera irresponsable.»[730]. En este sentido, la normativa sobre evaluación de la solvencia debe establecer el deber del prestamista de entregar al prestatario una copia de su evaluación, tanto si el resultado es *positivo* como si es *negativo*.

Un ejemplo de regulación en esta línea es la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias (en adelante, LPCU)[731]. La LPCU aborda en su art. 13 la regulación de la evaluación de la solvencia[732] incluyendo en su apartado 7 el deber del prestamista (o intermediario) de comunicar de forma gratuita y «por escrito» a los prestatarios 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 (…)». El prestatario cuenta así con información sobre el resultado de la evaluación de su solvencia, tanto si el prestamista decide ofrecerle el crédito como si no, lo que resulta positivo tanto a efectos probatorios de las condiciones en que se ofrece el crédito, como a efectos de

[728] Cfr. SSTS 668/2015, de 4 de diciembre (Roj: STS 4946/2015 - ECLI: ES:TS:2015:4946) y 692/2015, de 10 de diciembre (Roj: STS 5156/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5156).

[729] *Vid.* Capítulo II, epígrafe 6.

[730] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2903.

[731] Sobre el detalle de esta normativa, *vid.* MARTÍN FABA, J. M.: "¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio", ob. cit., pp. 178-204 (en particular, sobre la regulación del deber de evaluar la solvencia del prestatario, *vid*. pp. 193-195).

[732] En el marco del art. 5.3 de la LOSEC.

acudir a otras entidades a solicitar la financiación que le hubiese sido denegada. Si bien el art. 13 de la LPCU no establece expresamente la obligación del prestamista de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación –en línea con el art. 18 de la OTP–, si el prestamista otorga el crédito en contra de su resultado, deberá justificar las razones que le han llevado a concederlo, lo que podría tenerse en cuenta tanto en el marco de una procedimiento administrativo-sancionador, como en el marco de un procedimiento civil de responsabilidad, constituyendo un incentivo para que el prestamista no conceda el crédito si el test de solvencia resulta *negativo*[733].

Una previsión similar se incluyó en la enmienda núm. 186 (votada como enmienda núm. 182) presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en relación con el Proyecto de LCCI, conforme a la cual se incluía, en el apartado 6 del art. 9, el deber del prestamista de informar «de forma gratuita, por escrito y sin demora al potencial prestatario y, en su caso, al fiador o avalista» del resultado de las respectivas evaluaciones de su solvencia, «advirtiéndoles, de forma motivada, de las razones para conceder o no el préstamo hipotecario», debiendo entregar «una copia del resultado del estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en su análisis.»[734]. Esta enmienda, sin embargo, como hemos adelantado en otro lugar, fue finalmente rechazada a falta de un solo voto[735].

4.1.3. El título de imputación: la diligencia debida en la evaluación de la solvencia

Como hemos visto, al tratarse la evaluación de la solvencia de una obligación de medios en la cual lo debido es el despliegue de la conducta diligente establecida por la ley, la negligencia del prestamista supone el no (exacto) cumplimiento de la prestación. Sin embargo, la responsabilidad contractual del prestamista no queda definitivamente establecida por la prueba de este incumplimiento, sino que el deudor de la obligación aún puede excluir su responsabilidad si demuestra que el ajuste de su conducta al nivel de

[733] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2903.

[734] Cfr. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, pág. 275.

[735] *Vid.* Congreso de los Diputados, resultado de la votación, sesión 167, votación 30, del 20 de diciembre de 2018 (disponible en: https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=167&votacion=30&legislatura=12); CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8.

diligencia debida (el exacto cumplimiento de su obligación de medios) sobrevino imposible por una causa que no le resulta imputable[736].

Así, junto a la función de la diligencia (exclusiva de las obligaciones de medios) como criterio de exacto cumplimiento –y, *a sensu contrario*, de la culpa-negligencia como infracción de la obligación–; nos encontramos ante la segunda función de la diligencia (común a todas las obligaciones) como criterio o título de imputación que imposibilita el (exacto) cumplimiento[737]. Sentado que el prestamista no ha cumplido exactamente, el *juicio de responsabilidad* exige ahora determinar la *imputabilidad del incumplimiento*, es decir, si después del nacimiento de la obligación, ha sobrevenido un evento no imputable al prestamista que le ha imposibilitado el (exacto) cumplimiento; y, si existiendo tal circunstancia, el deudor de la obligación no (exactamente) cumplidor ha hecho cuanto diligentemente era exigible para superar dicho evento impeditivo; es decir, si ha preservado la posibilidad de cumplimiento (cf. arts. 1105 y 1285 CC)[738]. De este modo, el prestamista no responderá contractualmente cuando la falta de (exacto) cumplimiento obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito[739].

La diligencia debida por el prestamista es la de un «ordenado empresario» –en contraposición a la diligencia del deudor normal o del buen padre de familia–, en los términos del art. 1104 del CC; estándar que, además, deberá complementarse con las específicas exigencias de la actividad bancaria (atendiendo *a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*)[740].

En este sentido, las entidades de crédito son empresarios organizados para una actividad de gran importancia económica, a los que se les exige una cualificación superior a la de otras actividades y, por tanto, una responsabilidad adecuada a dicha actividad en

[736] *Vid.* JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ob. cit., p. 31.

[737] *Vid.* JORDANO FRAGA, F., ídem.

[738] *Vid.* JORDANO FRAGA, F., ibidem, pp. 27, 31-32.

[739] *Vid.* JORDANO FRAGA, F., ibidem, p. 34.

[740] *Vid.* RAMOS HERRANZ, I.: "El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, Nº 1, 2006, pp. 199-200, 219-220.

su relación negocial con sus clientes: la de un comerciante experto[741]. Así, la diligencia debida por las entidades de crédito es la de un *bonus argentarius*, como experto en la actividad de crédito que debe valerse de los medios técnicos que garanticen el cumplimiento efectivo de su actividad[742].

Por este motivo, se tiende a una responsabilidad objetiva del profesional[743], que eximiría al acreedor de la obligación de medios de tener que probar la negligencia del deudor para que éste resulte responsable de su incumplimiento[744]. Esta objetivación de la responsabilidad del prestamista es una característica propia de las normas de conducta exigibles a los profesionales que operan en el mercado financiero. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que el «incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales *constituye el título jurídico de imputación* de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes»[745]. Por tanto, existiendo un incumplimiento consistente en la conducta negligente del profesional (la no realización de todas o alguna de las operaciones previstas en la ley para la evaluación de la solvencia), dicho incumplimiento se considera

[741] *Vid.* SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: "Responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Nº 38, 1990, pp. 325, 328. También ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, ob. cit., p. 111.

[742] *Vid.* SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: "Responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional", ob. cit., pp. 330-331. En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", ob. cit., p. 4. En la misma línea, señala ZUNZUNEGUI, F.: «El prestamista debe evaluar la solvencia según lo reglamentado aplicando el protocolo profesional (*lex artis*). […] La responsabilidad del prestamista es la de un profesional experto en la materia, que actúa en un mercado complejo en el que surgen riesgos que el cliente desconoce. Ejerce una actividad regulada que atrae la confianza del cliente con relevancia para el buen funcionamiento del mercado, por lo que queda sometido a un elevado estándar de conducta. Debe responder con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988) con la diligencia media del *bonus argentarius*. Como tal debe entenderse la figura ideal del prestamista inmobiliario que cumple las normas de organización interna de su actividad y las normas de conducta en las relaciones con la clientela, entre las que destaca la obligación de evaluar la solvencia. Las obligaciones derivadas del proceso de evaluación de la solvencia son de carácter funcional pues se dirigen a asegurar una concesión responsable del crédito. Son pues obligaciones de actividad, exigibles de conformidad con las normas de conducta, que suponen de algún modo la consecución de un resultado.» (cfr. "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 15).

[743] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Aproximación a la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios de inversión", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 141, enero-marzo 2016, pp. 123-159, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[744] *Vid.* DE ELIZALDE, F.: "Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil", ob. cit., p. 10, quien señala los matices que a nivel jurisprudencial se han realizado de este reparto de la carga de la prueba, en particular en el caso de las obligaciones de medios.

[745] Cfr. STS 244/2013, de 18 de abril, del Pleno de la Sala de lo Civil (Roj: STS 2589/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2589).

imputable al prestamista, salvo que el prestamista pruebe que se ha producido alguna circunstancia constitutiva de imposibilidad liberatoria-caso fortuito.

En nuestro caso, la propia ley reconoce las circunstancias que exoneran de responsabilidad al prestamista: que el prestatario haya ocultado o falsificado conscientemente la información proporcionada al prestamista para la evaluación de su solvencia (cf. art. 11.4 LCCI). Fuera de este caso, no existen otras circunstancias que puedan exonerar de responsabilidad al prestamista que haya obtenido un resultado incorrecto de la evaluación de la solvencia como consecuencia de no haber llevado a cabo todas o alguna de las operaciones previstas en la ley[746]. Por lo demás, la ley excluye expresamente la exoneración de responsabilidad por la no evaluación al establecer que el prestamista advertirá al prestatario «que, cuando no sea posible llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el potencial prestatario haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el préstamo no podrá concederse» (art. 12.3 LCCI).

Finalmente, en relación con la eventual concurrencia de culpa del prestatario en el caso de que haya aceptado el préstamo sabiendo que su situación económica no le permitía cumplir con las obligaciones de pago asumidas, compartimos la opinión de la doctrina que considera que no se puede colocar en el mismo grado de responsabilidad al prestatario y al prestamista[747]. En cualquier caso, la facultad moderadora prevista en el art. 1103 del CC permite que, apreciada la culpa del prestamista y, en su caso, la del prestatario, se produzca la compensación de culpas o la primacía de una de ellas, debiendo

[746] La doctrina ha caracterizado como incumplimiento la concesión del préstamo con base en una evaluación de la solvencia que arroje un resultado positivo como consecuencia de haberse realizado incorrectamente (salvo que ello se deba a una información falsa proporcionada de manera consciente por el propio prestatario). *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento ob. cit., p. 782; ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 13; MELERO BOSCH, L. V.: "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", ob. cit.

[747] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", ob. cit., p. 30; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 793. En contra, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 210.

tener en cuenta la buena fe del deudor de la obligación a la hora de señalar los daños indemnizables (cf. arts. 1107, 7.1 CC y 57 CCom)[748].

4.1.4. La prueba del daño y la relación de causalidad

El ejercicio de la acción de responsabilidad contractual exige que la parte actora acredite los daños y perjuicios (ex art. 1106 CC)[749] que el incumplimiento le ha causado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (ex art. 1107 CC)[750].

Quienes han considerado viable la acción de responsabilidad contractual frente al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no son unánimes, sin embargo, a la hora de definir el daño: unos señalan que el resarcimiento debe ir dirigido a reparar el «interés negativo» o el «interés de la confianza», definido como «el daño que el prestatario hubiere evitado si no hubiera confiado en la correcta actuación del prestamista»[751]; otros han señalado que «Los daños serían el contrato mismo», de modo que «el juez debería tener en cuenta la diferencia que idealmente podría existir entre el efectivamente concluido y el que realmente el consumidor podía haberse permitido»[752]; y otros han definido el daño como «la diferencia entre la situación en que se encuentra [el

[748] *Vid*. RAMOS HERRANZ, I.: "El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario", ob. cit., p. 218.

[749] El art. 1106 del CC establece: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.».

[750] El art. 1107 del CC dispone: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.».

[751] Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 792, siguiendo a GARCÍA RUBIO, M. P. / OTERO CRESPO, M. al analizar la celebración de un contrato válido pero desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de los deberes precontractuales (*vid.* "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", ob. cit., pp. 50-53 y 56).

[752] Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 22; lo que lleva a la autora a concluir que «si el consumidor no hubiera tenido capacidad de devolución alguna ya en el momento de contratar, entonces probablemente habría que entender que el préstamo sería inexigible y el deudor quedaría liberado de la devolución del capital e intereses y además podría reclamar la devolución de todos los gastos.», pues el prestatario «debería quedar en la misma situación que si el contrato nunca se hubiera concluido» (cfr. ibid., p. 23). También en "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

prestatario] y en la que se encontraría de no haber incumplido el prestamista sus obligaciones»[753].

Asimismo, se ha señalado que «el daño consiste en que, como consecuencia del incumplimiento de la evaluación, el consumidor está destinando al pago del crédito un mayor porcentaje de sus ingresos de los que debería»[754], de manera que «sólo si el incumplimiento implica un sobreprecio del crédito para el consumidor habrá generado un daño[755].

En mi opinión, el daño que el prestatario habrá de acreditar es su insolvencia actual o inminente, pues la solvencia es precisamente el bien jurídico que la norma incumplida trata de preservar. Esta caracterización del daño entraña, sin embargo, la dificultad de acreditar la situación patrimonial anterior a la contratación del préstamo y el deterioro sufrido por la concesión irresponsable del préstamo[756], lo que podría exigir incluso la realización de una pericial que podría consistir en la realización de la evaluación de la solvencia que no se hizo –o se hizo de manera incorrecta–, sin perjuicio de la potestad moderadora del juez–[757].

[753] Cfr. ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 20.

[754] Cfr. COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito: (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, ob. cit., p. 291. La autora parte de la premisa de que el cliente afectado por el crédito irresponsable «podría estar sufriendo dificultades para afrontar los pagos de los compromisos financieros asumidos», por lo que su interés consistiría en «resarcirse recuperando lo pagado de más como consecuencia de haber recibido un crédito no apto para su situación económica» (cfr. ibidem, p. 281).

[755] Cfr. COLLADO-RODRÍGUEZ, N., que señala que «La asunción de estos sobrecostes se traducirá, con carácter general, en que el consumidor no va a poder hacer frente al cumplimiento de las obligaciones económicas del contrato; o, va a tener que destinar una parte de sus ingresos a atender compromisos financieros mayor que la debida», lo que incidirá en «su capacidad de ahorro o de reacción ante situaciones imprevistas que repercutan en la generación de ingresos, así como la incapacidad para la atención adecuada de sus necesidades familiares y personales.» [cfr. *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito: (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, ob. cit., pp. 291-192].

[756] En este sentido, *vid*. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 792; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 20.

[757] De acuerdo con lo sostenido por COLLADO-RODRÍGUEZ, N., [*vid*. *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito: (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, ob. cit., p. 294].

Más difícil si cabe que la prueba del daño es la acreditación de la relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y el daño sufrido[758].

A este respecto, la doctrina ha apuntado que los incumplimientos de la obligación de evaluar la solvencia solo deberían tener trascendencia en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de devolución del préstamo[759] y, en particular, cuando su incumplimiento se enmarque en una situación de insolvencia causada por la concesión irresponsable del préstamo en cuestión. Además, se indica que, en la práctica, si el prestatario cumple con su obligación de devolución en los términos del contrato, es improbable que el incumplimiento del prestamista trascienda a iniciativa de ese concreto prestatario[760]. Lo contrario –se alega– supondría incentivar la litigación de clientes que están cumpliendo con sus compromisos de pago de préstamos concedidos con incumplimiento de las obligaciones de evaluación de la solvencia, y sancionar su conducta vulnerando la esencia del negocio bancario que, como hemos analizado con anterioridad, implica que la entidad pueda tener interés en conceder un préstamo asumiendo un alto riesgo de impago[761].

En efecto, como hemos señalado, una regulación del préstamo responsable que estableciera sanciones verdaderamente efectivas, proporcionadas y disuasorias, debería

[758] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 792.

[759] En este sentido, al analizar la propuesta de DCI, el CESE parece ceñir la responsabilidad del prestamista a los casos en que el prestatario ha incurrido en impago: «*En el caso de impago*, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista.» [cfr. 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», DOUE 29.10.2011 [COM(2011) 142 final — 2011/0062 (COD)]]. Así lo interpreta ÁLVAREZ OLALLA, P. (*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, ob. cit., p. 786). También CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 6.

[760] Según SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «En cualquier caso, cabe tener en cuenta que este supuesto sólo generará controversia y trascenderá en el marco del régimen sancionador en caso de que el prestatario incumpla con sus obligaciones de devolución del préstamo; si cumple con la devolución, realmente esta problemática no trascenderá salvo que se «denuncie» esa práctica irresponsable del prestamista de no realizar la evaluación de solvencia en términos generales, lo que es poco previsible que en la práctica lleve a cabo ese concreto prestatario. Pero sí que debieran preverse sanciones que, además de castigar, desincentiven estas prácticas negligentes e irresponsables.» (*vid.* "Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de ley de su transposición al ordenamiento jurídico español", ob. cit.).

[761] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2880-2881.

prever unas consecuencias jurídicas del incumplimiento que incidieran en la eficacia del contrato una vez se produjera el incumplimiento por parte del prestatario de sus obligaciones de pago. Sin embargo, de *lege lata* no podemos compartir esta interpretación. En el marco del ejercicio de una acción de responsabilidad contractual ex art. 1101 del CC, bastará –entendemos– con que el prestatario pueda probar que se encuentra en una situación de insolvencia –actual o inminente– derivada del sobreendeudamiento causado por la conducta negligente de la entidad de crédito.

Si bien es cierto que la falta de pago por el prestatario del préstamo irresponsable constituye un indicio claro de que el préstamo se concedió a quien no podía devolverlo, el impago de este concreto préstamo no debe considerarse requisito *sine qua non* para la reclamación de la responsabilidad contractual del prestamista. Es posible –y, de hecho, así sucede en la mayoría de los casos en el ámbito hipotecario– que el prestatario logre cumplir sus compromisos contractuales a costa de disminuir la cobertura de otros gastos necesarios, solicitando la ayuda financiera de familiares y amigos o, incluso, obteniendo los recursos de la economía sumergida. El prestatario puede probar por otros medios la situación de insolvencia –actual o inminente– en la que el prestamista le ha colocado al concederle el crédito incumpliendo sus obligaciones de evaluación de la solvencia. El impago de otras obligaciones existentes en el momento en que se concedió el préstamo, o la acreditación de una situación de precariedad financiera producida por la obligación de devolución del préstamo, pueden igualmente probar que el préstamo no debía concederse.

En suma, lo relevante será que el prestatario pueda acreditar que la concesión del préstamo irresponsable le ha producido un desbalance patrimonial que constituye la causa de que no pueda atender a sus respectivos vencimientos las deudas que hubiese asumido con anterioridad a la concesión del préstamo en relación con la cual el prestamista incumplió su obligación de evaluar la solvencia[762].

Por lo demás, en el marco de la reclamación ex art. 1101 del CC, requerir que el prestatario incumpla su contrato de préstamo para poder entablar la acción supondría incentivar de manera perversa el incumplimiento de los contratos y la actuación en riesgo

[762] En este sentido, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 18.

moral (incurrir en impago *para* poder interponer una reclamación), y –en caso de los préstamos hipotecarios– exigir al prestatario que se coloque en una posición precaria frente a la entidad financiera, que podría instar la ejecución hipotecaria.

Lo anterior no obsta para reconocer que, si la prueba de la relación de causalidad entre el préstamo irresponsable y la insolvencia es, de por sí, difícil, mucho más lo será si las obligaciones incumplidas –o cuyo incumplimiento se prevé inminente– son otras distintas al propio préstamo irresponsable. A ello habrá que añadir, además, el papel que juegan las deudas asumidas con posterioridad a la concesión del préstamo irresponsable en la insolvencia padecida por el prestatario. Deslindar la incidencia que unos y otros préstamos hayan podido tener en la insolvencia padecida por el prestatario es, como decimos, sumamente complicado. A mayor abundamiento, si el incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia viene dado por la falta de realización de alguna de las operaciones previstas en la ley (*v. gr.* la consulta de ficheros de solvencia), la relación de causalidad exigirá que este defecto en la evaluación sea la causa de que el préstamo se concediera a quien no se debía haber concedido atendiendo al resultado inexacto de la evaluación. Se añade un elemento más a la relación de causalidad que debe ser acreditada: la relación entre el defecto en la evaluación y su resultado incorrecto, y la relación entre este incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y la insolvencia del prestatario[763]. Como es obvio, esto complica aún más la prueba de la causalidad.

Esta problemática acreditación del daño, y la relación de causalidad entre este y el incumplimiento, es uno de los principales motivos por los que esta consecuencia jurídica del incumplimiento carece de la efectividad exigida, lo que hace que la vigente regulación de la obligación de evaluar la solvencia resulte criticable, pues deja la exigencia de responsabilidad civil contractual como la única vía para que el prestatario se vea resarcido del daño causado por el incumplimiento del prestamista.

[763] En este sentido, apunta COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: «[…] en el caso de la no ejecución o ejecución errónea del procedimiento de la evaluación, existirá un daño cuando, de la correcta evaluación de la solvencia, se obtenga un resultado negativo, indicativo de que el prestamista no debió haber concedido el crédito. No estaríamos, sin embargo, ante un incumplimiento dañoso cuando la evaluación de la solvencia se realizase incorrectamente o no se realizase en absoluto, pero de su correcta realización se desprende que el crédito es, efectivamente, *apto* para el consumidor.» (cfr. *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito: (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, ob. cit., p. 292).

4.1.5. Recapitulación: evaluación de esta consecuencia jurídica

En vista de todo lo expuesto, podemos concluir que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, tal y como lo hemos definido, no constituye un incumplimiento resolutorio, por tratarse esta de una obligación precontractual accesoria y no esencial, de manera que no tiene entidad suficiente como para ejercitar la acción prevista en el art. 1124 del CC; pero el prestatario podrá exigir al prestamista, ex art. 1101 del CC, la indemnización de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le ha causado. Sin embargo, para que esta reclamación prospere deberá reunir los requisitos propios para exigir la responsabilidad civil contractual y, en particular, la prueba del daño y la relación de causalidad entre este y el incumplimiento del prestamista, con las dificultades que esto entraña y que hemos analizado. Por tanto, el prestatario no puede ejercitar ninguna acción civil hasta que no se manifieste el daño causado por el prestamista, esto es, el sobreendeudamiento activo manifestado en el impago de sus obligaciones. Solo cuando existe impago por sobreendeudamiento activo, el prestatario podrá ejercitar, no la acción del art. 1124 del CC, sino la del art. 1101 del CC. El incumplimiento es suficiente para reclamar ex art. 1101 del CC, pero la prosperabilidad de la acción dependerá de si el demandante puede acreditar el daño y la relación de causalidad.

Por lo demás, conviene poner de relieve que se trata de una reclamación que implicará gastos procesales para un prestatario que se encuentra sobreendeudado, en un pleito de resultado incierto por las dificultades expuestas, y que se entabla contra una entidad de crédito con la que sigue unido, y con la que podría eventualmente interesarle suscribir una refinanciación[764].

Por todo ello, no podemos más que compartir la opinión de la doctrina que ha apuntado que la exigencia de responsabilidad civil contractual al prestamista que incumple sus obligaciones de préstamo responsable, si bien se trata de una vía posible, en

[764] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2900 y nota al pie 113; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 793.

la práctica resulta poco ventajosa para el prestatario[765]. Más aun, como hemos señalado al comienzo de este análisis, la exigencia de responsabilidad civil es el único modo en que la vigente regulación del préstamo responsable permite al prestatario obtener el resarcimiento de los daños que el mal comportamiento del prestamista le ha irrogado; lo que, en vista de las dificultades expuestas, nos lleva a concluir que la regulación del préstamo irresponsable carece de sanciones eficaces y verdaderamente disuasorias ante el incumplimiento[766].

5. Propuesta de *lege ferenda*: la excepción por préstamo irresponsable frente a la reclamación del prestamista y su privación de los intereses moratorios y remuneratorios

De acuerdo con lo analizado en los epígrafes precedentes, la normativa sobre evaluación de la solvencia no prevé consecuencias jurídicas civiles ante su incumplimiento, lo que –como hemos visto– resta considerablemente efectividad a la regulación para alcanzar los objetivos del préstamo responsable.

De acuerdo con la interpretación que hemos considerado más ajustada a los objetivos de la DCC y la DCI y respetuosa con la esencia del negocio bancario[767], la falta de realización de todas o alguna de las operaciones previstas en la ley para la evaluación de la solvencia, o la oferta del crédito al cliente en contra del resultado del test, no implica la invalidez del contrato de préstamo, sino que debe comportar su ineficacia en caso de

[765] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2900 y nota al pie 113. También lo apunta ÁLVAREZ OLALLA, P. [*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 792], si bien considera que la exigencia de responsabilidad civil contractual al prestamista «tendría un claro efecto disuasorio» del préstamo irresponsable (cfr. ibid., p. 791). En el mismo sentido, *vid.* DIAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", ob. cit., p. 236.

[766] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8.

[767] Siguiendo a CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 7. Este tratamiento fue apuntado por ATAMER Y.M.: "Duty of responsible lending: should the European Union take action", ob. cit., p. 202.

que el prestatario incurra en impago de sus obligaciones[768]. De este modo, ante el incumplimiento del prestatario de sus obligaciones de pago y la consecuente reclamación judicial por parte del prestamista, el cliente debe poder oponer como excepción el incumplimiento del prestamista de su obligación de evaluar su solvencia y de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación. En caso de apreciarse dicho incumplimiento, el Juez podrá imponer al prestamista la pérdida total o parcial de los intereses moratorios y remuneratorios, de manera que el cliente sólo quedaría obligado a devolver el principal del préstamo.

Entiendo que esta propuesta de *lege ferenda* sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia constituye la sanción que resultaría más efectiva, proporcionada y disuasoria[769].

La propuesta inicial de DCC estableció en su art. 31 que las sanciones aplicables a las violaciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva debían «ser efectivas, proporcionadas y disuasivas» y, a continuación, señalaba expresamente las sanciones al incumplimiento de las obligaciones de préstamo responsable:

> «Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito.»[770]

---

[768] En este sentido, resulta oportuno señalar que el Tribunal Comarcal de Praga-Oeste, República Checa (Okresní soud Praha-západ) presentó el 13 de diciembre de 2022 una petición de decisión prejudicial ante el TJUE (Asunto C-755/22) en la que plantea «si constituye un fin autónomo de la Directiva [DCC] sancionar a un prestamista cuando la concesión de un crédito no tenga efectos negativos, o en su caso cuando nada apunte a que existan efectos perjudiciales (existe únicamente una posibilidad hipotética de que, quizás, el consumidor pueda resultar insolvente en el futuro; en el presente litigio no se efectuaron tales alegaciones, ni aun menos ha sido probado).»; y señala al respecto: «Cuando el consumidor reembolse la deuda en su totalidad, sin haber esgrimido a este respecto ninguna objeción durante la realización de los reembolsos, no puede afirmarse que existan los efectos perjudiciales contra los que la Directiva protege a los consumidores. La obligación que recae en el prestamista de evaluar la solvencia del consumidor no es el fin principal de la Directiva sino un medio por el cual debe alcanzarse el fin.».

[769] Otros autores han propuesto sanciones alternativas, como la pérdida por el prestamista de garantías adicionales (*vid.* ANDERSON, M., recogiendo la idea planteada por SERRANO DE NICOLÁS, A. en el marco de las Jornadas sobre *La Europeización del Derecho privado: cuestiones actuales* celebradas en Barcelona el 16 y 17 de junio de 2016, en "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ob. cit., p. 57), o la posibilidad de sancionar al prestamista, en el ámbito del crédito inmobiliario, estableciendo «la obligación de acreditar que el control de solvencia se ha superado adecuadamente con carácter previo a la inscripción, de manera que el registrador pudiese negarse a permitir el acceso de la hipoteca al Registro en otro caso» (cfr. Ibidem, p. 58).

[770] Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, DOCE, C 331, 31.12.2002 [COM(2002) 443 final].

Así, la Propuesta inicial de DCC establecía la sanción de pérdida de intereses como la «forma de indemnizar los daños del consumidor» y la «medida de lo que la Comisión consideraba una sanción efectiva, proporcionada disuasoria»[771].

El CESE apostó enérgicamente por el establecimiento de esta sanción mediante una armonización completa, y criticó la aproximación adoptada por la Comisión señalando que la propuesta de Directiva dejaba «a discreción de los Estados miembros la posibilidad de optar por tomar o no medidas de aplicación en aspectos esenciales» como el régimen de las sanciones prevista en el artículo 31, «creando así situaciones propicias a una diferenciación efectiva de regímenes jurídicos nacionales, que podrán conducir a distorsiones en el mercado y a niveles diferenciados de protección de los consumidores.»[772]; y propuso la modificación del art. 31 de la propuesta de Directiva en los siguientes términos:

> "En este punto, es importante mencionar únicamente que las frases «Dichas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas. Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos ...» deben sustituirse por «Dichas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas. Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones deberán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos ...»"[773].

Sin embargo, el régimen de sanciones establecido en la propuesta inicial de DCC fue suprimido por el Parlamento Europeo, quien justificó esta medida en los mismos términos en que lo había hecho con anterioridad la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios[774]:

---

[771] Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 6.

[772] Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 5.

[773] Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores», DOUE, 30.9.2003 (2003/C 234/01), p. 8.

[774] *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO, Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)), de 19 de febrero de 2004 (anexa al informe del Parlamento Europeo), p. 138.

«El establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas en caso de violación de las leyes de transposición presupone que los términos objeto de transposición sean objetivos y estén definidos con exactitud (*nulla poena sine lege certa*); de no ser así, las sanciones podrían dar lugar a inseguridad jurídica.»[775]

La sanción de pérdida de intereses excluida de la DCC está presente, sin embargo, en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y fue también sugerida por el Banco Mundial[776].

[775] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (COM(2002) 0443 – C5-0420/2002 – 2002/0222(COD)), Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), 2 de abril de 2004 (FINAL A5-0224/2004), p. 75.

[776] *Vid*. WORLD BANK: *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools*, Washington, DC, October 2013, p. 46.

En Bélgica[777], el Código de Derecho Económico[778] establece en sus arts. VII.195 y VII.201 (para el crédito al consumo)[779] y VII.209 (para el crédito hipotecario)[780] que, sin perjuicio de las demás sanciones de Derecho común, el tribunal podrá eximir al consumidor del pago de la totalidad o parte de los intereses de demora y reducir sus obligaciones hasta el importe del principal –esto es, eximiéndole del pago de los intereses remuneratorios–, manteniendo el consumidor el beneficio del plazo, para el caso de que el prestamista incumpla, entre otras obligaciones, la relativa a la evaluación de la solvencia, prevista en el art. VII. 77 (para el crédito al consumo) y en el art. VII.133 para el crédito hipotecario; si bien, en el caso del crédito hipotecario con finalidad inmobiliaria, el juez puede condenar al prestamista a realizar un pago único en concepto de daños y perjuicios de un máximo del 40 por ciento de los intereses del crédito cuando el importe dispuesto sea inferior o igual a 20.000 euros, y de un máximo del 30 por ciento cuando el

[777] Analizan la regulación belga CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., nota 57; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 796; ARROYO AMAYUELAS, E: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 19-20; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 19.

[778] *Vid.* Code de Droit Economique (disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/02/28/2013A11134/justel).

[779] Art. VII.195 Code de Droit Economique: «Sans préjudice des sanctions de droit commun, le juge annule le contrat ou réduit les obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté, lorsque le prêteur ne respecte pas les mentions visées à l'article VII. 78, § 1er, alinéa 2, § 2, 5º à 9º, § 3, 1º à 7º, 11º, 13º et 14º.

Le juge peut prendre une mesure similaire lorsque le prêteur: […] 2º ne s'est pas conformé aux obligations visées à l'article VII. 77, § 1er, alinéa 2. […]

En cas de réduction des obligations du consommateur, celui-ci conserve le bénéfice de l'échelonnement.».

Art. VII.201 Code de Droit Economique: «Sans préjudice des autres sanctions de droit commun, le juge peut relever le consommateur de tout ou de partie des intérêts de retard et réduire ses obligations jusqu'au prix au comptant du bien ou du service, ou au montant emprunté lorsque: 1º le prêteur n'a pas respecté les obligations visées aux articles VII. 69, VII. 70, VII. 72, VII. 74, VII. 75 et VII. 77; […].

Dans ces cas le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements.».

[780] Art. VII.209 Code de Droit Economique: «§ 1er. Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations ou les interdictions visées aux articles VII.126, VII.127, VII.129, VII.130, VII.133 et VII.147, les formalités visées à l'article VII.132 ou les mentions visées à l'article VII.134, le juge peut: 1º sans préjudice des sanctions de droit commun, pour un prêt hypothécaire avec une destination mobilière, déclarer nul le contrat ou réduire les obligations du consommateur au montant du crédit prélevé et relever le consommateur de tout ou partie des intérêts de retard. Dans ce dernier cas, le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements; 2º pour un crédit hypothécaire avec une destination immobilière, condamner le prêteur au paiement unique de dommages et intérêts de 40 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est inférieur ou égal à 20 000 euros, de 30 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est supérieur à 20 000 euros. […]».

importe dispuesto sea superior a dicha cantidad (cf. Art. VII.209 del Código de Derecho Económico).

Por lo que respecta a la regulación suiza[781], la Ley federal sobre crédito al consumo de 23 de marzo de 2001 actualmente vigente[782] regula la evaluación de la solvencia en su art. 28 como «evaluación de la capacidad de contratar un crédito», estableciendo en su art. 32 como sanciones al incumplimiento del prestamista la pérdida del importe del crédito concedido, incluidos los intereses y las costas, pudiendo el consumidor reclamar el reembolso de las cantidades pagadas en virtud de las normas sobre enriquecimiento injusto, salvo que el incumplimiento se considere «menor», en cuyo caso el prestamista sólo perderá los intereses y los gastos[783]; si bien estas disposiciones no resultan aplicables a los créditos con garantía sobre bienes inmuebles [cf. Art. 7.1 letra (a) Loi fédérale sur le crédit à la consommation].

También la normativa francesa sobre préstamo responsable prevé como sanción frente al incumplimiento del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario la pérdida de los intereses[784]. Así, la obligación de evaluar la solvencia se regula en el Código de Consumo[785], en el art. L312-16 para el crédito al consumo, y en los arts. L313-16 a L313-18 para el crédito inmobiliario. En el ámbito del crédito al consumo, el incumplimiento por parte del prestamista de su obligación de evaluar la solvencia conllevará la pérdida de su derecho a los intereses, en su totalidad o en la proporción fijada por el juez (cf. art.

[781] Analizan la regulación suiza ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 796-797; ARROYO AMAYUELAS, E: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 20.

[782] Loi fédérale sur le crédit à la consommation (disponible en: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010555/index.html#fn-#a28-2).

[783] Art. 32 Loi fédérale sur le crédit à la consommation: «Sanctions à l'encontre du prêteur

1 Si le prêteur agissant par métier contrevient de manière grave aux art. 27a, 28, 29, 30 ou 31, il perd le montant du crédit qu'il a consenti, y compris les intérêts et les frais. Le consommateur peut réclamer le remboursement des montants qu'il a déjà versés, en application des règles sur l'enrichissement illégitime.

2 Si le prêteur agissant par métier contrevient aux art. 25, 26 ou 27, al. 1, ou contrevient de manière peu grave aux art. 27a, 28, 29, 30 ou 31, il ne perd que les intérêts et les frais.»

[784] Analiza la regulación francesa CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2900 y nota 58; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 795-796; ARROYO AMAYUELAS, E: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., p. 19; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 19.

[785] *Vid.* Code de la Consommation (disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/2020-09-14/).

L341-2)[786]. Igualmente, en el ámbito del crédito inmobiliario, el prestamista que no cumpla las condiciones previstas en los artículos L. 313-16 a L. 313-18 aplicables a la evaluación de la solvencia del prestatario, puede ser privado del derecho a los intereses en la proporción fijada por el Juez, hasta una cantidad que no exceda el 30% de los intereses y hasta un máximo de 30.000 euros (cf. arts. L341-27)[787]; y el que conceda un crédito sin haber realizado la evaluación podrá ser privado del derecho a los intereses, en su totalidad o en la proporción fijada por el juez (cf. art. L341-28)[788].

Tal y como han previsto los ordenamientos citados, hubiera sido deseable que el legislador español hubiese incluido en la regulación del préstamo responsable una sanción civil frente al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia[789], pues ello habría evitado que los operadores jurídicos tuviesen que recurrir a las normas generales de la responsabilidad civil contractual para deducir consecuencias indemnizatorias en beneficio del prestatario frente al prestamista incumplidor que, como hemos visto, resultan ineficaces.

La tramitación del Proyecto de LCCI fue una oportunidad perdida de regular correctamente la evaluación de la solvencia, incluyendo consecuencias jurídicas civiles frente a su incumplimiento[790] que, además, podían haberse extendido al incumplimiento de dicha obligación en el crédito al consumo[791].

---

[786] Art. L341-2 Code de la Consommation: «Le prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 312-14 et L. 312-16 est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.»

[787] Art. L341-27 Code de la Consommation: «Peut être déchu du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, jusqu'à un montant ne pouvant excéder, pour chacun des manquements énumérés ci-après, 30 % des intérêts et plafonné à 30 000 euros, le prêteur qui accorde un crédit: […] 3º Sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 313-16 à L. 313-18, applicables en matière d'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur.».

[788] Art. L341-28 Code de la Consommation: «Le prêteur qui accorde un crédit sans réaliser l'étude de solvabilité mentionnée à l'article L. 313-16 peut être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.».

[789] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2899-2900; "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 7.

[790] En este sentido, *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana… y todos los partidos se dejan", ob. cit.; "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., pp. 7-8.

[791] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 18.

Además de la propuesta de que el incumplimiento diera lugar a la nulidad del contrato[792], con más acierto se planteó la sanción civil consistente en la pérdida de los intereses remuneratorios y de demora. En este sentido, la Enmienda núm. 99 propuso la modificación de art. 9.4 del Proyecto de LCCI para prever que «la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista, con independencia de las sanciones administrativas que procedan, generará una exoneración total de los intereses remuneratorios pactados y, en caso de mora, una exoneración total de los intereses de demora.»[793]. En la misma línea, pero con mayor detalle y corrección técnica, la Enmienda núm. 186 abogó por la modificación del art. 9 del Proyecto de LCCI, incluyendo, entre otras mejoras, un apartado 8 con la siguiente redacción:

> «8. Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo. En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista.»[794]

Como hemos visto, ninguna de estas enmiendas, sin embargo, fue aprobada[795], de modo que la LCCI dispuso únicamente sanciones administrativas, con los inconvenientes ya analizados y que han sido sintetizados certeramente por la doctrina: «El prestatario deberá demandar a la entidad financiera y reclamar daños y perjuicios. No será posible paralizar una ejecución hipotecaria por préstamo irresponsable. El crédito del acreedor hipotecario irresponsable seguirá siendo privilegiado en el procedimiento concursal y no se verá afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). El objetivo es que los jueces civiles no controlen el préstamo responsable, algo que temen los

[792] *Vid.* Apartado 6 del art. 9 del Proyecto de LCCI de acuerdo con la redacción propuesta en la Enmienda núm. 29 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, págs. 110-111).

[793] *Vid.* Enmienda núm. 99 del Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, pág. 196).

[794] *Vid.* Enmienda núm. 186 del Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, Núm. 12-3, págs. 275-276).

[795] *Vid.* Congreso de los Diputados, resultado de la votación, sesión 167, votación 30, del 20 de diciembre de 2018 (disponible en: https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=167&votacion=30&legislatura=12).

prestamistas, habida cuenta de la experiencia vivida estos últimos años en la contratación bancaria.»[796].

El establecimiento por parte del legislador de una sanción civil tasada en la ley se ha considerado por la doctrina la vía de reparación más adecuada frente al préstamo irresponsable[797]. Se trata, al fin y al cabo, de una regulación similar a la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias prevista en el art. 21 de la LCC[798], que permite que el Juez pueda valorar el cumplimiento o no de los deberes de préstamo responsable[799].

En particular, el establecimiento de la sanción de pérdida de intereses permite que el prestatario obtenga el resarcimiento del daño causado por el prestamista mediante una indemnización por responsabilidad civil contractual *ex lege*, objetiva, en la que el prestatario deberá alegar el incumplimiento y acreditar el daño –el sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia–, presumiéndose la relación de causalidad. Esta indemnización tasada en la ley facilita la reparación al prestatario[800], de forma similar al

[796] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8.

[797] *Vid.* ATAMER Y.M.: "Duty of responsible lending: should the European Union take action", ob. cit., p. 202; ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 794, 801; CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8; ANDERSON, M.: "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", ob. cit., p. 16. En contra, *vid.* GALLEGO SÁNCEHZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", ob. cit., p. 239; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[798] El art. 21 de la LCC establece: «3. En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h) del apartado 2 del artículo 16, y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.»

La similitud entre estas sanciones y la propuesta de privar al prestamista de los intereses moratorios y remuneratorios por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia ha sido apuntada por ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 794; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 19; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", ob. cit., pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[799] Contrariamente a lo que sucede con la actual regulación (como apunta CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2888), salvo que sea el propio prestatario sobreendeudado quien interponga una acción de responsabilidad civil de dudoso éxito, como hemos visto.

[800] *Vid.* ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 19.

resarcimiento obtenido mediante la reclamación de la responsabilidad civil contractual, pero sin los inconvenientes de prueba y costes procesales que hemos apuntado[801].

La posibilidad, además, de que el prestatario alegue el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia como excepción cuando el prestamista exige el cumplimiento del contrato ante el impago del prestatario resulta no sólo más realista –habida cuenta de que un prestatario sobreendeudado no tiene incentivos, como hemos visto, para interponer una reclamación de responsabilidad civil–, sino que cumple con el principio de efectividad establecido en las Directivas DCC y DCI.

El TJUE va incluso más allá, y considera que la efectividad de esta sanción pasa por que el juez pueda examinar *de oficio* el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia cuando el prestamista alegue el incumplimiento del prestatario. Así lo ha considerado al analizar la obligación prevista en el art. 8 de la DCC, señalando que «no podría lograrse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional no estuviera obligado, tan pronto como disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a examinar de oficio si se ha cumplido la obligación del prestamista establecida en el artículo 8 de la misma Directiva»; y, tras constatarlo, «estará obligado, sin esperar a que el consumidor formule una petición a tal efecto, a deducir de ello todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de tal incumplimiento, a condición de respetar el principio de contradicción y de que las sanciones que imponga el Derecho nacional se ajusten a las exigencias del artículo 23 de la Directiva 2008/48»[802].

Esta interpretación del TJUE avala, en nuestra opinión, la posibilidad de que el juez realice un examen de oficio del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario en el caso de las ejecuciones –hipotecarias o no–, en un examen similar al que se realiza de las cláusulas abusivas (cf. art. 552.1 LEC)[803]; sin perjuicio de la conveniencia de incluir entre los motivos de oposición a la ejecución el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario (cf. arts. 557 y 695.1 LEC).

---

[801] En el mismo sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 794.

[802] Cfr. STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C‑679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartados 23 y 24.

[803] *Vid.* STC, Sala Primera, 24/2021, de 15 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:24), que recoge la doctrina constitucional sobre el control de abusividad de las cláusulas de los contratos de préstamo sentada con anterioridad en la STC, Pleno, 31/2019, de 28 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:31).

Lo anterior lo corrobora el hecho de que, en el caso de la cuestión prejudicial objeto de la STJUE analizada, el incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario se sanciona en Derecho checo con la nulidad del contrato de crédito, con la obligación del consumidor de devolver únicamente el principal (dentro de un término acorde con sus posibilidades financieras), de forma similar a lo que en nuestro derecho está previsto para el caso de préstamos usurarios[804]. Esta acción, sin embargo, debe ser invocada por el propio consumidor dentro de un plazo de prescripción de tres años contados desde la celebración del contrato, y es precisamente esta obligación de que sea el consumidor quien alegue el incumplimiento lo que el TJUE considera ineficaz. Así, el TJUE considera que la sanción de nulidad prevista en la norma checa produce un efecto disuasorio en la medida en que su aplicación obliga al consumidor a devolver *únicamente* al prestamista el principal, perdiendo el prestamista su derecho a cobrar los intereses y gastos pactados[805]. Sin embargo, el TJUE declara que tal sanción se opone al principio de eficacia en la medida en que se someta al requisito de que sea el consumidor quien invoque la nulidad[806], pues «la protección eficaz del consumidor requiere, en una situación en la que el prestamista ejercita una acción contra el consumidor basada en el contrato de crédito, que el juez nacional examine de oficio el cumplimiento por el prestamista de la obligación establecida en el artículo 8 de la Directiva 2008/48 y que, si comprueba que tal obligación se ha incumplido, deduzca las consecuencias previstas por el Derecho nacional, sin esperar a que el consumidor presente una demanda en ese sentido, con observancia del principio de contradicción.»[807]; y ello porque –como señala con anterioridad–, la obligación de evaluar la solvencia es «de fundamental importancia para el consumidor» para lograr el objetivo de protección de la Directiva, y «existe un

[804] El art. 3º de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, establece: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.». Comentan la similitud entre la sanción de los préstamos usurarios y la sanción propuesta de pérdida de intereses ALFARO AGUILA-REAL, J.: "La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo", ob.cit.; ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", ob. cit., p. 19.

[805] *Vid.* STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C-679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 30.

[806] *Vid*. STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C-679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 36.

[807] Cfr. STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C-679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 34.

riesgo no desdeñable de que el consumidor no invoque la norma jurídica destinada a protegerle, entre otras razones por ignorar la existencia de tal norma»[808].

Por tanto, podemos decir que, de acuerdo con la interpretación del TJUE, la sanción propuesta en la Enmienda núm. 186, que proponía la modificación del art. 9 del Proyecto de LCCI en los términos antes señalados, constituía una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria[809] que habría sido conveniente adoptar y extender al crédito al consumo con el fin de garantizar la consecución de los objetivos de prevención del sobreendeudamiento y eventual insolvencia del prestatario, preservando la esencia del funcionamiento del mercado de crédito.

A pesar de que la revisión de la DCC habría sido una ocasión idónea para mejorar este aspecto de la regulación[810], la Propuesta de DCC 2021 solo plantea una limitada armonización de las sanciones administrativas[811].

En definitiva, con la regulación actualmente vigente, la indemnización de los daños y perjuicios causados por el prestamista al prestatario como consecuencia del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia es el único remedio jurídico

---

[808] Cfr. STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C-679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartados 21 y 22, con cita de la STJUE de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14 (ECLI:EU:C:2016:283), apartado 65, y la jurisprudencia que en ella se cita.

[809] Sobre el carácter disuasorio de la sanción de pérdida de intereses, *vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C‑449/13, CA Consumer Finance SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (ECLI:EU:C:2014:2464), apartados 48 a 55; y STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C‑565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), apartados 52 y 53; STJUE (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2016, en el asunto C‑42/15, Home Credit Slovakia a.s. vs. Klára Bíróová (ECLI:EU:C:2016:842), apartado 65; y STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C‑679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 31.

[810] La Comisión Europea destaca la disparidad de las sanciones (*v. gr*. civiles, administrativas, penales) impuestas por las autoridades nacionales ante incumplimientos de la DCC como uno de las deficiencias de la DCC [*vid.* COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, Bruselas, 5.11.2020 [COM(2020) 963 final], p. 8].

[811] Los apartados 2 y 3 del art. 44 de la Propuesta de DCC 2021 señalan: «2. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se impongan sanciones con arreglo al artículo 21 del Reglamento (UE) 2017/2394, estas incluyan la posibilidad bien de imponer multas a través de procedimientos administrativos, bien de iniciar procedimientos judiciales para la imposición de multas, o ambas, y que el importe máximo de dichas multas equivalga al menos al 4 % del volumen de negocio anual del prestamista, el intermediario de crédito o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa en todos los Estados miembros afectados por la acción de ejecución coordinada. 3. Los Estados miembros autorizarán a las autoridades competentes a hacer pública cualquier sanción administrativa que se imponga por incumplimiento de las disposiciones adoptadas de conformidad con la presente Directiva, a menos que dicha divulgación pueda suponer un grave riesgo para los mercados financieros o causar un perjuicio desproporcionado a las partes implicadas.» [cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, Bruselas, 30.6.2021 [COM(2021) 347 final, 2021/0171 (COD)], p. 73].

privado que permite satisfacer mínimamente las exigencias comunitarias de que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

No obstante, *lege ferenda*, podemos concluir que la medida que el Derecho comparado ha mostrado en mayor medida cumplir con estas exigencias es la privación al prestamista de los intereses moratorios y remuneratorios, establecida en la ley y que, en nuestra opinión, debe poderse imponer al prestamista como consecuencia de la revisión de oficio por parte del juez del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos apuntar las posibilidades que brinda la regulación proyectada sobre la creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, actualmente en tramitación parlamentaria. El PLADCF dispone que se someterán al conocimiento de la Autoridad las reclamaciones de los clientes frente a las entidades financieras por la vulneración de sus intereses o derechos en la prestación de un servicio o en la contratación de un producto financiero «como consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta», entre las cuales, como hemos argumentado[812], deben incluirse las normas sobre evaluación de la solvencia.

Las resoluciones dictadas por la Autoridad tendrán carácter vinculante cuando el importe de la reclamación sea inferior a veinte mil euros o de cuantía indeterminada; y tendrán carácter no vinculante cuando el importe supere dicha cantidad, en cuyo caso se le otorgará el valor probatorio de informe pericial en caso de que cualquiera de las partes acuda a la jurisdicción civil (cf. arts. 42-43 PLADCF).

Con respecto al alcance y contenido de la resolución, el PLADCF dispone que, «cuando la reclamación tenga un contenido económico, la resolución podrá acordar la devolución de importes indebidamente cobrados, más los intereses de demora que se hubieran devengado desde la fecha de la admisión de la reclamación por la Autoridad. En caso de que la reclamación no tenga un contenido económico, la resolución podrá establecer una compensación resarcitoria a favor del reclamante, con un importe entre los 100 y 2.000 euros, atendiendo en todo caso a la naturaleza y circunstancias particulares de la reclamación, tales como la reiteración de la conducta por parte de la entidad y al principio de proporcionalidad y que en ningún caso tendrá carácter sancionador.». Tal

[812] *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.2.

previsión está sujeta a desarrollo reglamentario, donde se establecerán «tablas con compensaciones orientativas por la vulneración de derechos e intereses concretos de entre los establecidos en la normativa vigente, que servirán de orientación» para el cálculo de las compensaciones (cf. art. 41 PLADCF).

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la norma proyectada, no queremos dejar de señalar en este estudio la oportunidad que esta regulación supone para la sanción efectiva del préstamo irresponsable y que, si no se corrige en la tramitación parlamentaria, será nuevamente desaprovechada. En este sentido, considero que el PLADCF debería ser mucho más ambicioso en su planteamiento y, aunque algunas de las deficiencias del Anteproyecto han sido corregidas en la línea propuesta por la doctrina[813], lo cierto es que el alcance de las resoluciones de la Autoridad sigue siendo muy limitado. De acuerdo con los límites cuantitativos previstos en el PLADCF, las resoluciones sobre reclamaciones relativas a vulneraciones de la normativa de evaluación de la solvencia en el ámbito del crédito inmobiliario serán, en la mayoría de los casos, de carácter no vinculante –lo que nos coloca en el escenario que hemos analizado pormenorizadamente en los epígrafes precedentes–; y, en el caso de las reclamaciones cuya cuantía sea inferior a veinte mil euros, la compensación que puede imponer la Autoridad debería preverse atendiendo a la cuantificación de la privación al prestamista de los intereses moratorios y remuneratorios, según lo analizado.

[813] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Supervisión de conducta y protección del usuario de servicios financieros en el nuevo entorno tecnológico. Propuestas de mejora", ob. cit., pp. 8-9.

CAPÍTULO V: EL POTENCIAL FOMENTO DEL PRÉSTAMO RESPONSABLE A TRAVÉS DEL RÉGIMEN CONCURSAL DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

1. Introducción

Tras analizar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, dedicaremos esta parte de nuestro trabajo a apuntar la virtualidad de la regulación concursal para fomentar el préstamo responsable. Si la normativa sobre evaluación de la solvencia constituye el medio inmediato para lograr la prevención del sobreendeudamiento activo, podemos decir que la normativa concursal, que se activa cuando dicho sobreendeudamiento ha cristalizado en una situación de insolvencia actual o inminente, constituye el medio remoto para la prevención de la insolvencia de la persona física mediante previsiones legales suficientemente potentes para disuadir a los prestamistas de incumplir sus obligaciones de préstamo responsable[814].

Como se ha señalado con acierto, la eficiencia del régimen de préstamo responsable depende en cierta medida de que otras normas del sistema constituyan un incentivo positivo a su cumplimiento[815]. En este sentido, la relación entre el préstamo responsable, como medida de prevención de la insolvencia, y la regulación de esta última, con previsiones sobre exoneración del pasivo insatisfecho, es un camino de doble dirección[816]. Como ha puesto de manifiesto el Banco Mundial, los acreedores se ven incentivados a adoptar prácticas cuidadosas en la concesión de crédito cuando saben que los deudores tienen acceso a una «salida de emergencia»[817]. A su vez, la mera exoneración

[814] Como se ha señalado: «*According to internationally set principles, policy and legal interventions aiming at tackling over-indebtedness consist essentially of two main pillars: a. a first pillar with measures for the prevention of over-indebtedness; the legislative implementation of the broadly formulated principle of responsible lending is one of the main measures taken in this respect; and b. a second pillar with measures taken to address over-indebtedness ex post, i.e. the insolvency of the debtor/natural person and his reintegration into de economic and social life*.» (cfr. FERRETTI, F. / LIVADA, C.: "The over-indebtedness of European consumers under EU policy and law", ob. cit., p. 12).

[815] *Vid*. CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2878.

[816] «*In this regard, it is essential that overindebtedness is seen as a social process.* (…) *Rather, the process goes through several stages, and certain decisions made before the debtor is hopelessly indebted. The debtor's coping strategies are extremely important but the creditors' actions are also of equal importance. Lending practices often contribute to the process of overindebtedness.* » (cfr. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 15).

[817] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 33.

de deudas en el marco de procedimientos de insolvencia no previene por sí misma el sobreendeudamiento, sino que deben adoptarse medidas de derecho contractual y mecanismos que permitan adaptar la concesión de crédito a las necesidades, riesgos y capacidad de pago de los prestatarios[818]. En suma, el tratamiento del sobreendeudamiento privado requiere un enfoque multidisciplinar[819], de manera que los principios que deben orientar las medidas preventivas y paliativas para abordarlo deben incluir la protección del deudor de las consecuencias del préstamo irresponsable y el derecho del deudor a tener un "nuevo comienzo" (*fresh start*) mediante la exoneración de sus deudas en un periodo de tiempo razonable para lograr su rehabilitación[820].

En esta línea, a lo largo de las páginas siguientes se expone cómo la exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor insolvente de buena fe y, en particular, la exoneración del crédito derivado del préstamo irresponsable causante de la insolvencia del deudor, estimula favorablemente el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario[821], de modo que la implementación coordinada de estas medidas puede suponer la ruptura del círculo vicioso de la insolvencia de las personas físicas. Asimismo, en el capítulo siguiente, se analiza de manera crítica el modelo adoptado por el legislador español para incorporar la segunda oportunidad (*second chance*) al ordenamiento jurídico, a la luz de la virtualidad de esta medida para el fomento del préstamo responsable. Para ello, al hilo del análisis del régimen legal, apuntaremos los principales problemas que presenta y propondremos algunas posibles soluciones, en particular en relación con su carácter restrictivo, que –como veremos– le resta virtualidad como estímulo al préstamo responsable.

---

[818] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 48.

[819] Tal y como ha señalado el CESE, «El tratamiento del sobreendeudamiento debe recurrir a la educación, la prevención y procedimientos adaptados que conduzcan a la reintegración de la persona sobreendeudada en una vida económica normal.» [cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio), (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, p. 38]. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", ob. cit., p. 3.

[820] *Vid.* ALLEWELDT, F. / KARA, S. (Dirs.): *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact – Final Report, Part 1: Synthesis of findings*, ob. cit., p. 249.

[821] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2882.

2. La exoneración del pasivo insatisfecho. Noción y fundamento en el marco de la finalidad del concurso de la persona física

2.1. Noción de exoneración del pasivo insatisfecho

Históricamente, las distintas aproximaciones al tratamiento del fenómeno de la insolvencia han tenido como objetivos comunes proteger a cada acreedor frente a los demás a través de una división equitativa del patrimonio del deudor, y proteger al conjunto de los acreedores frente a las posibles actuaciones del deudor en su detrimento; objetivos a los que cabe añadir, en el caso de algunos sistemas, la protección del deudor honesto frente a sus acreedores[822]. El planteamiento de algunos ordenamientos como el español ha sido, tradicionalmente, primar la satisfacción lo más equitativa y eficiente posible de los acreedores[823], concediendo al mismo tiempo ciertos beneficios al deudor insolvente[824], pero con un marcado carácter *pro creditoris* en el que subyace la idea de proteger el crédito y, por ende, abaratar su coste y facilitar su otorgamiento[825].

Sin embargo, en la determinación de la finalidad de la regulación concursal se percibe una evolución histórica desde un sistema represivo que penalizaba la insolvencia, hacia un sistema sanatorio en el que el fin principal del concurso de acreedores es el

---

[822] *Vid.* LEVINTHAL, L. E.: "The Early History of Bankruptcy Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 66, Issue 223, 1918, p. 225.

[823] Así lo expresaba el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su redacción original (BOE núm. 164, de 10/07/2003): «La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso.». *Vid.* ROJO, A.: "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ob. cit., p. 169. En la misma línea, OLIVENCIA, M., argumenta que, si bien esta «finalidad esencial» expresada en la Exposición de Motivos de la LC no es *exclusiva* ni *excluyente*, debe considerarse «guía hermenéutica de todo el sistema concursal y de las normas que lo integran, cuyo sentido ha de orientarse en función de esa finalidad esencial.», y a la cual deben subordinarse «otras finalidades, instrumentales o secundarias, del concurso», como la conservación o el saneamiento del deudor [cfr. "La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso", ROJO, A. / BELTRÁN, E. (Dir.), *Los acreedores concursales: II Congreso español de Derecho de la insolvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 34, 45-47]. De forma similar, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El fin del concurso y el del convenio", *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2016/101, marzo 2016, pp. 9-10.

[824] *Vid.* MUÑOZ DE BENAVIDES, C., quien señala que «la finalidad del concurso es diversa: por una parte, pretende la satisfacción de los acreedores protegiendo el «interés del concurso» y los intereses del deudor y, por otra, pretende lograr la supervivencia de empresas que, de otro modo, se verían abocadas a desaparecer» ("La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la Ley 38/2011", *Actualidad civil*, Nº 21-22, 2011; consultado en Smarteca, p. 4).

[825] *Vid*. CUENA CASAS, M.: "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 31, enero-abril 2014, p. 129; "La posición del acreedor ante el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", VEIGA COPO, A. B. (Dir.) / MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.): *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 1100.

saneamiento del deudor[826]; se pasa de la prioritaria satisfacción de los acreedores a una preferente continuidad de la actividad del deudor, tanto empresarial o profesional, como puramente de consumo[827]. Al fin y al cabo, la función socioeconómica tradicionalmente asociada a la legislación concursal de cribado de empresas solventes no es posible en el caso de los consumidores: estos continuarán en el mercado adquiriendo productos y

[826] *Vid.* OLIVENCIA, M.: "La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso", ob. cit., pp. 35-40; KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, No. 5, 2016, pp. 583. También SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., quien destaca la dificultad de determinar la finalidad de la regulación de la insolvencia por existir «una constante pendencia entre esos propósitos clásicos: la prioritaria satisfacción a los acreedores frente a la conservación o continuidad de la actividad del deudor» ("El fin del concurso y el del convenio", ob. cit., p. 7). Por su parte, PAULUS, C. G. explica esta evolución en términos de confrontación entre deudor y acreedores [*vid.* "The everlasting power game between creditors and debtors in credit relationships", VEIGA COPO, A. B. (Dir.) / MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.): *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 46]. Esta evolución también se percibe a nivel comunitario. A ella aludió el CESE al referirse a «las nuevas sensibilidades sobre los objetivos de la legislación en materia de insolvencia, según las cuales los procedimientos colectivos ya no deben considerarse en términos meramente liquidadores, sino como instrumentos para garantizar la conservación de los medios organizados de la empresa y, por tanto, el derecho al trabajo de los trabajadores, garantizando en la medida de lo posible la supervivencia de la empresa.» [cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017, p. 21]. En la misma línea se pronuncia el Comité Europeo de las Regiones en su Enmienda núm. 1 a la misma Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración [*vid.* Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Impulsar las empresas emergentes y en expansión en Europa: la perspectiva local y regional (2017/C 342/07), DOUE, C 342/43, 12.10.2017, p. 43]. Así, «Si bien hasta la fecha el Derecho de la insolvencia europeo se ha caracterizado por una perspectiva *pro creditoris,* siendo su objetivo fundamental la satisfacción de los derechos de los acreedores, hoy se ha demostrado, tras la crisis de 2008, que era necesario un cambio de enfoque. Es preciso convertir el concurso en un «hospital» que tienda a la recuperación del deudor honesto y evite la indiscriminada liquidación de empresas que pueden ser viables.» [cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 2].

[827] Como se ha señalado, la regulación de la insolvencia personal aborda una situación de vulneración por el deudor de normas sociales y legales –de atención a los compromisos financieros asumidos–, al mismo tiempo que permite la reintegración del deudor en la vida económica y social con el fin de evitar las externalidades negativas de la insolvencia permanente (*vid.* HEUER, J. O.: "Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief. A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries", PhD Dissertation, Bremen International Graduate School of Social Sciences University of Bremen, 2014, p. 456). Así lo reclamaba CUENA CASAS, M. en su crítica a la desatención a la persona física en la reforma concursal española de 2009: «Y es que el objetivo del proceso concursal, que es la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial.» (cfr. "Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 7, 2009, pp. 91-112, consultado en E-Prints Complutense, p. 12). En la misma línea, buscando un equilibrio entre la protección del deudor, de los legítimos intereses de los acreedores, y del mercado de crédito, *vid.* COLINO MEDIAVILLA, J. L.: "Las implicaciones del concurso de consumidor para el mercado financiero", ALONSO UREBA, A. / PULGAR EZQUERRA, J., *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2009, pp. 601-606.

servicios y participando del mercado laboral, por lo que su rehabilitación es un requisito de eficiencia económica[828]. En todo caso, en el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas se percibe con más claridad esta evolución *pro debitoris*[829] atendiendo a las especialidades que requiere, no solo por sus relaciones personales y familiares, sino, sobre todo, por la atención que corresponde a su condición humana en cuanto a su subsistencia y al mantenimiento de su personalidad más allá de la conclusión del procedimiento concursal[830].

Las más modernas aproximaciones al tratamiento de la insolvencia personal centran la cuestión en la rehabilitación del deudor y en su recuperación para el sistema, no solo en su propio beneficio, sino también en beneficio de sus acreedores y del conjunto de la sociedad[831], y ello a través de la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal –plasmado en Derecho español en el art. 1911 del CC–[832] que faculta a los acreedores para dirigirse de manera forzosa contra el patrimonio actual o futuro del deudor como garantía de su derecho de crédito[833]. Esta limitación se concreta en la concesión al deudor insolvente de un "nuevo comienzo" o *fresh start* –en la terminología anglosajona– a través de la exoneración (*discharge*) del cumplimiento de sus obligaciones

[828] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 47.

[829] *Vid.* KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., p. 600.

[830] *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "El concurso de persona física", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 3ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, p. 592.

[831] *Vid*. HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 16, Issue 2, 1993, p. 220; REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 70; WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, pp. 19-20.

[832] *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J., quien señala la evolución en los postulados básicos del Derecho concursal en el contexto de la crisis financiera en el periodo 2008-2015, destacando la prevalencia de la reestructuración empresarial, que deja de ser instrumental respecto de los intereses de los acreedores y que, en el caso de las personas físicas, se manifiesta en la limitación del principio de responsabilidad patrimonial y la concesión de una «segunda oportunidad» al deudor ["Concepto, función y significado del Derecho Concursal", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 3ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, pp. 53-55].

[833] *Vid*. GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Artículo 1911", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2055. El «crédito» constituye el derecho subjetivo del acreedor que le faculta para tutelar su interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de prestación y en el poder de ejecución sobre los bienes del deudor (*vid*. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 368-369).

pendientes tras la conclusión de su concurso de acreedores, una medida que se enmarca en las políticas que ofrecen una "segunda oportunidad" (*second chance*) a los deudores insolventes con el fin de reinsertarlos en el entramado productivo[834].

En Derecho español, esta institución está prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal[835] (en adelante, TRLC) con la denominación de «exoneración del pasivo insatisfecho» en el marco de la conclusión y la reapertura del concurso de acreedores[836], y su regulación ha sido recientemente reformada a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal[837], más conocida como "Ley de Reforma Concursal" (en adelante, LRC).

De acuerdo con esta regulación, la exoneración del pasivo insatisfecho constituye un derecho[838] del deudor a ser excepcionado de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal[839] una vez concluido el concurso de acreedores de la persona física, a solicitud del deudor[840] y por efecto del fallo del juez, sin necesidad del consentimiento del acreedor. Se trata, por tanto, de un supuesto de condonación de deudas

[834] En el caso del tratamiento de la insolvencia de los consumidores, la importancia de la exoneración de las deudas pendientes es tal que la doctrina ha considerado que los regímenes de insolvencia que ofrecen soluciones para el sobreendeudamiento de la persona física sin incluir la liberación de la deuda deben quedar excluidos de la definición del llamado «concurso del consumidor». *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 247; HEUER, J. O.: "Social Inclusion and Exclusion in European Consumer Bankruptcy Systems", International conference *Shifting to Post-Crisis Welfare States in Europe? Long Term and Short Term Perspectives*, organized by NordForsk and the Nordic Centres of Excellence NordWel and REASSESS, Berlin, 4-5 June, 2013, pp. 3-4.

[835] BOE núm. 127, de 07/05/2020.

[836] *Vid.* Capítulo II del Título XI del Libro Primero, arts. 486 a 502, del TRLC.

[837] BOE núm. 214, de 06/09/2022.

[838] Así lo reconoce el apartado I del Preámbulo de la LRC, que señala como uno de los ejes de la reforma «convertir el beneficio de la exoneración de las deudas, cuando concurran determinadas circunstancias, en un derecho de la persona natural deudora».

[839] Así lo reconoce el art. 484 del TRLC al establecer como efectos específicos de la conclusión del concurso de persona natural por liquidación o insuficiencia de masa activa que el deudor «quedará responsable del pago de los créditos insatisfechos, salvo que obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho».

[840] Se trata de una exoneración rogada (cf. arts. 495, 501, 700 y 715 TRLC). Esto significa que no podrá ser decretada de oficio por el Juez del concurso ni a instancia del administrador concursal o de los propios acreedores. A pesar de lo que pudiera parecer, estos últimos pueden estar interesados en la exoneración del deudor, ya que –como veremos– podrían recuperar parte de su crédito a través de un plan de pagos, en lugar de iniciar inmediatamente ejecuciones infructuosas (*vid.* Capítulo XI, epígrafe 2.2.2).

de naturaleza no convencional[841] adoptada por decisión judicial *ex lege*[842], que se enmarca en el sistema de ejecución de las obligaciones como excepción al derecho del acreedor a instar la ejecución sobre los bienes del deudor para lograr su satisfacción ex art. 1911 del CC; y supone, en última instancia, la extinción de la parte de su derecho de crédito afectada por la exoneración, de modo que los ingresos futuros del deudor no quedan afectos al pago de las deudas anteriores a la declaración del concurso (cf. art. 490 del TRLC)[843].

La excepción de un principio medular de nuestro ordenamiento jurídico como es el principio de responsabilidad patrimonial universal se fundamenta en los beneficios socioeconómicos que entraña la concesión de una segunda oportunidad a los deudores de buena fe y la socialización del riesgo de insolvencia, en el marco de la finalidad del concurso de acreedores de la persona física.

---

[841] En este sentido, no hay que confundir la exoneración con la condonación de deudas entre deudor y acreedor (*vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., p. 138 y ss.).

[842] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 726.

[843] No obstante, existe cierta polémica sobre el carácter extintivo de la exoneración del pasivo insatisfecho. Así, se ha considerado que la concesión de la exoneración no supone la extinción de las obligaciones, sino «un beneficio de inexigibilidad» de las mismas (cfr. SENDRA ALBIÑANA, A.: "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 17/2016, 2016, p. 155; en el mismo sentido, *vid.* CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, Ed. Aferre Editor, 2020, pp. 334-335; MUÑOZ PAREDES, A.: "Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo", *Diario La Ley*, Nº 9713, Cuestiones de práctica concursal, 9 de octubre de 2020, consultado en Smarteca, p. 5; FACHAL NOGUER, N.: "¿Cuáles son los efectos que proyecta la exoneración de pasivo insatisfecho sobre los terceros garantes?", *La Ley Insolvencia*, nº 11, 2022, consultado en Smarteca, p. 1) o un «compromiso de no reclamación a la persona del deudor» (cfr. PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2021, p. 259). En la misma línea, TOMÁS TOMÁS, S. señala que la exoneración «Se trata de un hecho excluyente que despliega su eficacia tanto en la ejecución forzosa que se dirija frente al deudor exonerado, como en el proceso declarativo que se entablara frente a este.», y descarta que la misma suponga la extinción del derecho de crédito de los acreedores (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas). A favor del carácter extintivo de la exoneración, *vid.* CUENA CASA, M.: "El hipotecante no deudor y la exoneración del pasivo insatisfecho (Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2019)", *Anuario de derecho concursal*, Nº 52, 2021, pp. 451-464, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas]; CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, pp. 133, 138. Para un mayor desarrollo de esta cuestión, *vid.* Capítulo VI, epígrafe 4.2, donde abordamos en mayor detalle los efectos de la exoneración del pasivo insatisfecho.

2.2. Fundamento de la exoneración del pasivo insatisfecho

La concesión de una segunda oportunidad mediante la exoneración del pasivo insatisfecho se basa en la idea de que la aplicación estricta del principio de responsabilidad patrimonial universal supone un lastre para que el deudor persona física emprenda una actividad por cuenta propia o ajena en tanto que los acreedores ostentan un derecho ilimitado a reclamar lo debido. Así, la exoneración del pasivo insatisfecho se justifica por su virtualidad para reducir el riesgo de pobreza del deudor insolvente, en la línea de otras previsiones del ordenamiento jurídico como la regulación de los límites de embargabilidad (cf. arts. 605-609 de la LEC)[844]. No cuestiona, por tanto, el principio de responsabilidad patrimonial universal[845] –medular en la regulación del derecho de crédito en nuestro ordenamiento jurídico–, sino que pretende «mitigar sus efectos» en determinadas hipótesis[846] con el fin de favorecer la rehabilitación del deudor[847].

La premisa para limitar de esta forma el derecho de los acreedores es que el deudor pueda ser considerado «honesto pero desafortunado» (*honest but unfortunate debtor*); noción de origen jurisprudencial[848] que se encuentra en el núcleo del fundamento del *fresh*

[844] *Vid*. GARCÍA VICENTE, J. R.: "¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 20, 2010, pp. 205-234, disponible en: Westlaw, BIB 2010/203, p. 18.

[845] Así lo destaca HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", ob. cit., p. 223-224.

[846] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Fresh start y mercado crediticio", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio 2011, p. 5. *Vid.* Preámbulo de la LSOP, que señala como intención última de la norma «modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil».

[847] Esta idea se remonta hasta los más antiguos sistemas jurídicos, pudiendo hallar en el Código de Hammurabi o en el Derecho islámico antiguo normas que permitían la exoneración de los deudores del pago de sus deudas con el fin de salvar de la ruina a los deudores honestos pero desafortunados; y, en la antigua Roma, un trato distinto para los deudores de buena fe, concediéndoles ciertos beneficios de los cuales se privaba a los deudores considerados fraudulentos, animando de esta forma a los primeros y penalizando a los segundos (*Vid.* LEVINTHAL, L. E.: "The Early History of Bankruptcy Law", ob. cit., pp. 237-239). En la actualidad, existe consenso a nivel internacional sobre la importancia de incluir sistemas de exoneración para otorgar una segunda oportunidad a los deudores insolventes de buena fe (*vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 25; CNUDMI-UNCITRAL: *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, ob. cit., p. 331).

[848] El origen de esta expresión es jurisprudencial, y se encuentra en el caso Wetmore v. Markoe, 196 U.S. 68, 77 (1904): «Systems of bankruptcy are designed to relieve the honest debtor from the weight of indebtedness which has become oppressive and to permit him to have a fresh start in business or commercial life, freed from the obligation and responsibilities which may have resulted from business misfortunes.» y, con anterioridad, en el caso Neal v. Clark, 95 U.S. 704, 709 (1877): «[Bankruptcy is] a general law by which the honest citizen may be relieved from the burden of hopeless insolvency.»; tal y como recoge HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", *Ohio State Law Journal*, Vol. 48, Issue 4, 1987, p. 1047.

start[849]: conceder una segunda oportunidad al deudor honesto pero desafortunado en orden a evitar su exclusión social, tanto si es empresario como si es consumidor, a través de la socialización del riesgo de insolvencia[850].

2.2.1. La segunda oportunidad del deudor persona física insolvente

La concesión de una segunda oportunidad al deudor honesto pero desafortunado se considera una solución económicamente eficiente para tratar su insolvencia. En la filosofía de la exoneración del pasivo insatisfecho subyace la idea de que el fracaso económico fortuito no debe constituir un impedimento para volver a emprender una actividad empresarial o laboral, y tiene un importante efecto social al reconocer que el fracaso empresarial no supone una cadena perpetua, sino un mero contratiempo[851].

Por ello, el objetivo de la exoneración al deudor insolvente de sus deudas pendientes tras la conclusión del concurso de acreedores es permitir al deudor retomar su actividad productiva y de consumo, lo que tiene un incuestionable impacto sobre la economía en su conjunto[852].

La protección del deudor mediante la concesión de una segunda oportunidad es propia y nació y se ha desarrollado con intensidad en países anglosajones (EE. UU., Reino Unido, Canadá, Australia), donde la cultura de promoción del espíritu emprendedor, marcada además por la debilidad del Estado social, asume el riesgo de fracaso como parte del sistema, constituyendo el *fresh start* uno de los elementos de la red social de seguridad

[849] *Vid.* HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", ob. cit., pp. 1047, 1050.

[850] *Vid*. GARCÍA VICENTE, J. R.: "¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", ob. cit., p. 16.

[851] *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain: Selected Issues", *IMF Country Report No. 15/233*, August 2015, pp. 80-81. El enfoque contrario, en cambio, «puede tener el inconveniente de impedir que el empresario aproveche nuevas oportunidades, de frenar toda actividad innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, y de disuadir a los deudores de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.» (cfr. CNUDMI-UNCITRAL: *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, ob. cit., p. 332).

[852] *Vid.* HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", ob. cit., p. 1088; CUENA CASAS, M.: "El impacto económico del fresh start o Ley de 'segunda oportunidad'", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 48, 4 de abril de 2013; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 3ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, p. 506.

que es el Derecho concursal[853]. Lejos de ser una forma de "paternalismo legal" que suavice las consecuencias del ejercicio de la autonomía y responsabilidad negocial, el planteamiento es más bien el contrario: se fomenta el emprendimiento empresarial, la asunción de grandes riesgos, sabiendo que el Estado no asistirá al quebrado con subsidios u otras medidas asistenciales, pero sí fomentará que quien fracase vuelva a empezar, sin miedo a que las cargas de su anterior intento emprendedor lastren su nueva etapa. No se busca una mayor intervención del Estado, sino más bien que el Estado deje de intervenir cuando se pretende llevar a cabo la ejecución de deudas que son infructuosas[854].

Frente a esta concepción del *fresh start* propia del *Common Law*, en los ordenamientos jurídicos de Derecho continental que tradicionalmente han previsto la exoneración de deudas, el fundamento de dicha institución ha sido aliviar el sufrimiento del deudor y eliminar el estigma asociado a la insolvencia[855], esgrimiendo para ello motivos de índole religiosa, de solidaridad, y hasta los más básicos sentimientos de empatía y humanidad[856]. Así, la teoría de la utilidad social o teoría humanitaria entiende que la recuperación del deudor a través de la liberación de sus deudas pendientes constituye un beneficio para toda la sociedad[857]. La insolvencia permanente incapacita

[853] El paradigma de este planteamiento lo encontramos en el Derecho estadounidense desde los años 80, tras la aprobación en 1978 de la *Bankrupcy Reform Act*, contraponiendo los intereses de los consumidores al del *lobby* financiero (*vid.* WARREN, E.: "Reducing Bankruptcy Protection for Consumers: A Response", *Georgetown Law Journal*, Vol. 72, nº 4, 1984, pp. 1333-1335). *Vid.* PAULUS, C. G. «In sum, the historical development of the last two or three centuries unveils a considerable power shift in favour of the debtor: limited liability, a rescue option rather than a mandatory liquidation, and a short discharge period up to a fostering of entrepreneurship (which is, indeed, the explicit purpose of the US and of the UK insolvency law) which is indicative for the contemporaneous economization of life in general. » (cfr. "The everlasting power game between creditors and debtors in credit relationships", ob. cit., p. 46).

[854] *Vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 12; GARCÍA VICENTE, J. R.: "¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", ob. cit., pp. 16-17.

[855] *Vid.* GARCÍA VICENTE, J. R.: "¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", ob. cit., p. 17.

[856] *Vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 25.

[857] Así se ha destacado al analizar los principios que cabe extraer del informe de INSOL INTERNATIONAL, *Consumer debt report: report of findings and recommendations*, del año 2001: «Providing a fresh start to a debtor who cannot reasonably repay all of his pre-existing debts is the recognition by society that overindebtedness is, in many cases, excusable. It is a key element of any consumer debtor insolvency law or rehabilitation procedure, based on the principle that it is in society's interest that the debtor should be able to have a fresh start, free from past financial obligations and not suffer indefinitely. » (cfr. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 41).

moralmente al deudor para desarrollar cualquier actividad, e incluso puede ser la causa de diversos problemas de salud, además de constituir una fuente de sufrimiento para su familia que puede generar problemas de integración de los hijos, así como actitudes negativas hacia la responsabilidad financiera, el pago de impuestos y el compromiso productivo[858]. A su vez, las legislaciones europeas tradicionalmente han abordado el asesoramiento desde una perspectiva moralista, restringiendo el acceso a la exoneración a los deudores merecedores de ella, y condicionándola al cumplimiento de planes de pago[859].

La promoción del espíritu emprendedor ha sido el objetivo que la Unión Europea ha perseguido de manera principal con la adopción de medidas de segunda oportunidad[860] por los numerosos beneficios que tienen para la economía.

En primer lugar, la previsión en la legislación sobre insolvencia de la exoneración del pasivo pendiente fomenta la iniciativa emprendedora al prever el alivio de las consecuencias que se derivan de un eventual fracaso empresarial. En España, la falta de protección de la vivienda habitual y la ausencia de medidas paliativas de una eventual insolvencia eran dos de los factores que más desincentivaban el emprendimiento antes de contar con una legislación sobre segunda oportunidad[861]. Estudios internacionales demuestran que la adopción de un régimen de insolvencia que incluya la exoneración de deudas hace que aumenten las tasas de actividad por cuenta propia, facilitando de este modo que el deudor insolvente vuelva a la actividad productiva, disminuyendo el riesgo de exclusión social por causa de insolvencia, y extrayendo un aprendizaje de su anterior

[858] *Vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, pp. 25-27.

[859] *Vid.* ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., pp. 104-105.

[860] *Vid.* En particular, la Comisión Europea incide en su Recomendación de 12 de marzo de 2014 en la concepción del *fresh start* como medida de fomento del espíritu emprendedor, considerando que la concesión de una segunda oportunidad impulsaría la actividad por cuenta propia [*vid*. COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), Considerando 12].

[861] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "No hay segunda oportunidad para el que menos tiene", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 50, 11 de julio de 2013.

fracaso[862]. También en el plano de la insolvencia de los consumidores se entiende que la exoneración de las deudas pendientes resulta económicamente rentable, pues el deudor puede destinar al consumo fondos que en otro caso serían utilizados para el pago de las deudas[863].

El aumento de las tasas de emprendimiento tiene, además, como efecto indirecto, la reducción del déficit público. La concesión de una segunda oportunidad incentiva que el deudor vuelva a realizar actividad por cuenta propia o ajena –frente a la carencia de motivación que tendría si sabe que la mayor parte de sus ingresos futuros va a ser destinada al pago de sus deudas pasadas–, lo que evita que el deudor se convierta en acreedor de ayudas públicas[864]. A su vez, la exoneración del pasivo insatisfecho evita que el deudor reinicie su actividad a través de testaferros o en la economía sumergida a fin de eludir que el fruto de su actividad sea destinado al pago de sus deudas pendientes[865], lo que tiene un impacto importante a nivel tributario.

Además, la previsión de medidas de segunda oportunidad incide en la eficacia del propio procedimiento de insolvencia. Por una parte, fomenta la solución convencional de

[862] *Vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 17; COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), Considerando 12; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)], Considerando 12, p. 30. Así lo destacaba con anterioridad la CNUDMI-UNCITRAL: «En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de reconocer que el fracaso de una empresa es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa. Una persona cuya empresa haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia y algunos estudios indican que esas personas logran a menudo un gran éxito en proyectos empresariales posteriores.» (cfr. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, ob. cit., p. 331).

[863] *Vid*. WHITE, M.: "Abuse or Protection?", *Regulation*, Vol. 29, Issue 3, 2006, p. 28; EUROPEAN COMMISSION: *Inception Impact Assessment, Initiative on insolvency*, DG JUST (A1), 2016/JUST/025 - INSOLVENCY II, 03/03/2016, pp. 5, 10.

[864] *Vid*. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 70; WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, pp. 13, 23. En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El impacto económico del fresh start o Ley de 'segunda oportunidad'", ob. cit.

[865] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)], Exposición de Motivos, p. 4; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., pp. 1-3.

la crisis mediante la adopción de acuerdos en materia de quitas o esperas ante la posibilidad de que los acreedores vean su crédito impagado como consecuencia de la resolución judicial que exonere al deudor en el marco del procedimiento concursal[866]. Esto no sólo beneficia al deudor, sino también a los propios acreedores, quienes pueden cobrar una parte de su crédito y evitar una persecución infructuosa del deudor a lo largo del tiempo bajo la creencia de que, en algún momento, incluso tras la conclusión del concurso, podrán cobrar sus créditos pendientes[867]; idea que solo favorece la liquidación ruinosa y antieconómica del patrimonio del deudor. Por otra parte, en caso de no alcanzar un acuerdo, la posibilidad de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho favorece la solicitud temprana del concurso por el deudor. Esta pronta declaración de concurso permite abordar a tiempo la crisis financiera del deudor y, en último término, evitar el cierre del negocio –y las consecuencias que ello tiene sobre el empleo–. La posibilidad de que el concurso no suponga el fin de la actividad empresarial sino un balón de oxígeno para continuar con ella favorece también la visión que los empresarios tienen de la estigmatización asociada al concurso, lo que a su vez favorece la declaración temprana de la insolvencia[868].

2.2.2. La socialización del riesgo de insolvencia y el fomento del préstamo responsable

Los efectos positivos de la exoneración del pasivo insatisfecho que han sido expuestos justifican la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal, con la socialización del riesgo de insolvencia que ello conlleva, y que se concreta en la repercusión que en cada relación crediticia tiene la posibilidad de que la deuda pendiente

[866] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Insolvencia de la persona física: prevención y solución", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, p. 474.

[867] Como se ha señalado, que el deudor honesto que quiebra se mantenga hundido no beneficia a nadie, ni siquiera a sus acreedores, que en cualquier caso no van a poder ver satisfechos sus créditos por cuanto la pervivencia de estos bloquean la recuperación del deudor (*vid*. CUENA CASAS, M.: "Fresh start y mercado crediticio", ob. cit., p. 14). También, con anterioridad, *vid.* COLINO MEDIAVILLA, J. L.: "Las implicaciones del concurso de consumidor para el mercado financiero", ob. cit., p. 613.

[868] *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Superar el estigma del fracaso empresarial – por una política que ofrezca una segunda oportunidad". Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa, 5 de octubre de 2007 [COM (2007) 584 final]; GURREA MARTÍNEZ, A.: *El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*, Ed. Reus, Madrid 2018, p. 78; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 2.

del deudor sea exonerada, insertando en ella un potencial traslado del riesgo de impago del deudor al acreedor.

Este traslado del riesgo se basa en la premisa de que los acreedores profesionales –en particular, los acreedores financieros– son capaces de evaluar el riesgo de crédito y de absorberlo y dispersarlo en forma de costes[869]. A su vez, el conjunto de los acreedores debe soportar el riesgo de fracaso por cuanto se benefician de las consecuencias favorables del éxito empresarial[870].

Este traslado del riesgo se considera económicamente eficiente para prevenir la insolvencia, pues los acreedores –especialmente, los acreedores financieros– se ven incentivados a evaluar la solvencia del prestatario. De esta forma, la exoneración del pasivo insatisfecho supone un estímulo al préstamo responsable. Así lo han señalado el Banco Mundial[871] y la Comisión Europea, declarando que «unos marcos de insolvencia eficientes permitirían evaluar mejor los riesgos de las decisiones sobre préstamos y empréstitos»[872].

Este efecto ha sido también destacado por la doctrina[873]. Precisamente, la exoneración del pasivo insatisfecho en sede concursal se considera un medio para intervenir –indirectamente– el acceso al crédito, compensando los sesgos cognitivos del prestatario que eventualmente pudieran llevarle a calibrar erróneamente su riesgo de impago[874]. Certeramente se ha apuntado que la ausencia de este remedio en los años en

---

[869] *Vid.* HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", ob. cit., pp. 1064-1065; HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", ob. cit., pp. 222.

[870] *Vid.* GARCÍA VICENTE, J. R.: "¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", ob. cit., p. 18.

[871] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 33.

[872] Cfr. COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), Considerando 12. El FINANCIAL SERVICES USERS GROUP (FSUG) ha señalado al respecto: «Introduce a fast, cheap and easily accessible personal bankruptcy procedure at the EU level. Such a regime would have a disciplining effect on irresponsible loan providers and stifle their attempts to externalize negative effects of their activity and internalize profit at expense of the society as a whole. » (cfr. *Responsible consumer credit lending*, FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive, 8 April 2019, p. 23).

[873] Así lo expresa JACKSON, T. H: « *Because creditors can monitor debtors and are free to grant or withhold credit, the discharge system contains a built-in checking mechanism*. » (cfr. *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1986, p. 231). En la misma línea, *vid.* HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", ob. cit., p. 222; KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., pp. 596-597.

[874] *Vid.* JACKSON, T. H: *The logic and limits of Bankruptcy Law*, ob. cit., pp. 232-243.

que se gestó la crisis financiera iniciada en el año 2008 constituyó un incentivo al préstamo irresponsable[875]. Aun hoy, la falta de consecuencias de los préstamos irresponsables en sede concursal puede suponer un estímulo a esta mala conducta pues «sobreendeudar a los consumidores es una manera de generar crecimiento sin subir los salarios», especialmente en un contexto como el que hemos vivido de pérdida de rentabilidad por tipos de interés negativos[876].

Este fomento del préstamo responsable permite prevenir el sobreendeudamiento a través de la adopción de medidas de segunda oportunidad –*ex post*– en el marco concursal, lo que se considera más eficiente desde el punto de vista económico que limitar la concesión de crédito a través de medidas *ex ante*[877]. Como hemos dicho, la normativa sobre préstamo responsable –*lege ferenda*– debe permitir responsabilizar al prestamista por su incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, de manera que cuando el reclame el cumplimiento al prestatario de sus obligaciones de pago este pueda oponer como excepción el incumplimiento del prestamista. A su vez, en caso de que el prestatario devenga insolvente como consecuencia del préstamo concedido, el crédito concursal del prestamista incumplidor debe poder ser exonerado. En este sentido, la exoneración del pasivo insatisfecho en sede concursal coadyuva al cumplimiento por el prestamista de sus obligaciones de evaluación de la solvencia[878].

En íntima relación con este efecto favorecedor del préstamo responsable, hay que tener en cuenta que la concesión de la exoneración de deudas favorece la sana gestión de los balances de las entidades financieras, evitando la acumulación de préstamos no

[875] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2882.

[876] Cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 6.

[877] *Vid.* JACKSON, T. H: *The logic and limits of Bankruptcy Law*, ob. cit., pp. 248-249; KILBORN, J. J.: "Behavioral economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions", ob. cit., pp. 14-15.

[878] Así lo explica JACKSON, T. H: «Discharge policy provides an alternative: it leaves the determination of whether to extend credit to creditors, who presumably are better trained in credit policy than legislators, ad who are better able, by observing individual debtors or by employing specific contractual covenants, to monitor individuals' consumption of credit. (…) Discharge, however, heightens creditors' incentives to monitor: by providing for a right of discharge, society enlists creditors in the effort to oversee the individual's credit decisions even when the individual has not fully mortgaged his future. The availability of the right of discharge induces creditors to restrict the individual's credit intake an thus to assist in ensuring that he does not seriously underestimate his future needs. (…) Moreover, a nonwaivable discharge rule does what other laws regulating credit cannot do as effectively: it allows individuals to present their particular needs and desires to creditors, thereby permitting creditors to tailor their responses to individual circumstances. » (cfr. *The logic and limits of Bankruptcy Law*, ob. cit., p. 249).

productivos y favoreciendo la eliminación de los préstamos que no pueden reembolsarse en ningún caso[879]. De esta forma, los acreedores cesan en la persecución de un cobro de deudas infructuoso que sólo impide la verdadera recuperación del deudor[880].

Sin embargo, la otra cara de la socialización del riesgo de insolvencia –y que representa el reparo más común hacia la exoneración del pasivo insatisfecho– es la posibilidad de que las entidades de crédito cubran el riesgo de impago endureciendo las condiciones de acceso al crédito[881] y aumentando de manera generalizada los tipos de interés.

Se ha demostrado, sin embargo, que este planteamiento es falaz, pues la causa del incumplimiento de las obligaciones es la propia situación de insolvencia, no la presencia de la institución de la exoneración, que no afecta sustancialmente a la tasa de incumplimiento[882].

Además, no hay que perder de vista que la premisa fundamental de la que hay que partir para conceder la exoneración de las deudas pendientes es que el deudor pueda ser considerado *honesto pero desafortunado*, esto es, un deudor de buena fe[883]. El análisis del comportamiento del deudor en relación con la causación o agravación del sobreendeudamiento causante de su insolvencia debe preceder a la concesión de la segunda oportunidad. Un sistema de segunda oportunidad bien construido no debe permitir que se beneficien de él deudores cuya insolvencia es fruto de un

[879] *Vid.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)], Exposición de Motivos, pp. 6; 14-15. Así lo destaca, entre otros, KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., pp. 596-597.

[880] Como se ha dicho, el verdadero problema que constituye la insolvencia no deriva tanto de la incapacidad de pago del deudor, sino del fracaso de los acreedores y del Estado para reconocer dicha incapacidad de pago y atajar adecuadamente un cobro de deudas pendientes que puede llegar a resultar destructivo e ilógico. *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, pp. 12-13.

[881] Así lo destacan ARMOUR, J. / CUMMING, D.: «*It is to be expected that a more forgiving bankruptcy law will not only stimulate entry by entrepreneurs, but also to induce lenders to tighten credit for small businesses.* » (cfr. "Bankruptcy Law and Entrepreneurship", *American Law and Economics Review*, Vol. 10, Issue 2, 2008, p. 19).

[882] *Vid*. CUENA CASAS, M.: "Fresh start y mercado crediticio", *InDret*, ob. cit., p. 29.

[883] *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.

sobreendeudamiento activo culpable. La cuestión, por tanto, radica en el correcto diseño del sistema, no en que exista la posibilidad de la exoneración.

Finalmente, al evaluar la posible actuación en riesgo moral del deudor en relación con la exoneración del pasivo insatisfecho, conviene no olvidar que este instituto jurídico supone un contrapeso a la actuación en riesgo moral de los prestamistas cuando no existe la posibilidad de exoneración. En este sentido, el sistema de segunda oportunidad debe contemplar el análisis de la actuación de los acreedores a fin de evaluar su incidencia en la situación de insolvencia del deudor. De este modo, como hemos apuntado, la exoneración del pasivo insatisfecho constituye un estímulo al préstamo irresponsable, a la vez que evita que los deudores de mala fe se beneficien de esta medida.

El riesgo asumido por la entidad de crédito ha de ponerse en relación, por tanto, no con la eventual exoneración del pasivo insatisfecho, sino con su grado de diligencia en la evaluación de la solvencia del deudor. Sin embargo, como hemos analizado con anterioridad[884], la falta de información completa acerca del deudor como consecuencia de la regulación del acceso a los datos de solvencia positivos del prestatario provoca que el prestamista corra el riesgo de conceder crédito a un mal pagador (la llamada «selección adversa»), a consecuencia de lo cual el acreedor tiende a aumentar el coste crediticio de forma generalizada con el fin de compensar el riesgo de impago.

Por ello, la adopción por el legislador de medidas de segunda oportunidad en la regulación de la insolvencia debe acompañarse de la adopción de medidas sobre el acceso a los datos de solvencia. La eficiencia económica de los sistemas de insolvencia que incluyen la exoneración de deudas pendientes resulta tanto mayor cuanta más información crediticia esté disponible en el mercado[885] pues, de esa manera, se evitará el endurecimiento generalizado de las condiciones de financiación, que podrá sustituirse por una evaluación individualizada del riesgo de crédito en el marco de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario que permita al acreedor ajustar las condiciones del préstamo[886] y, en último término, decidir si concederlo o no.

[884] *Vid.* Capítulo II, epígrafe 3.2.

[885] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Fresh start y mercado crediticio", ob. cit., pp. 33 y ss.

[886] *Vid*. HEUER, J. O.: "Social Inclusion and Exclusion in European Consumer Bankruptcy Systems", ob. cit., p. 24.

3. Elementos regulatorios de la exoneración del pasivo insatisfecho y modelos de regulación en Derecho comparado

El fomento del préstamo responsable a través de la exoneración del pasivo insatisfecho como parte del tratamiento de la insolvencia de la persona física sólo es posible si la regulación (*i*) favorece el otorgamiento de la segunda oportunidad y (*ii*) tiene en consideración para ello la conducta del acreedor que ha causado la insolvencia del deudor.

Para valorar el carácter restrictivo o permisivo de la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, debemos tener en cuenta tres factores fundamentales: quién puede beneficiarse de la exoneración, qué deudas son susceptibles de ser exoneradas, y cuándo tiene lugar la liberación definitiva de las deudas pendientes[887].

La identificación de los beneficiarios de la exoneración[888] delimita su ámbito subjetivo, y se encuentra en íntima relación con la definición que se haga de la noción de «deudor honesto pero desafortunado», que se reconduce normativamente al concepto de «deudor de buena fe». El diseño del sistema de segunda oportunidad debe favorecer la prueba rigurosa de la honestidad del deudor beneficiario de la exoneración. El objetivo

[887] *Vid.* HEUER, J. O.: "Social Inclusion and Exclusion in European Consumer Bankruptcy Systems", ob. cit., p. 9. Junto a estos parámetros, otros que permiten la distinción en detalle de los distintos modelos o sistemas de insolvencia personal que incluyen la exoneración de las deudas pendientes son: la prevención del abuso, las obligaciones de comportamiento y educación del deudor, las restricciones y descalificaciones del deudor, la protección del deudor insolvente, el tratamiento de los deudores sin bienes ni ingresos («*no income-no assets*» o «NINA»), y el margen de discrecionalidad de los órganos del procedimiento (*vid.* HEUER, J. O.: "Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief. A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries", ob. cit., p. 459).

[888] Esta determinación de los beneficiarios de la exoneración es lo que se conoce, en terminología anglosajona, como «test de *discharge*» (*vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", ob. cit., p. 507).

es, por un lado, evitar las actuaciones en riesgo moral[889]; y, por otro, evitar la estigmatización de los deudores honestos al considerar que toda situación de insolvencia deriva de una actuación culpable del deudor[890], teniendo en cuenta que la normativa tiende a reflejar el estigma social asociado a la insolvencia[891].

Por otra parte, el ámbito objetivo de la exoneración del pasivo insatisfecho viene dado por la identificación de los créditos susceptibles de exoneración o, *a sensu contrario*, por la determinación de los créditos excluidos de ella. Frente al rigor que debe presidir la exigencia de la buena fe del deudor, la regulación de las deudas exonerables debe ser

[889] *Vid*. CUENA CASAS, M.: "Fresh start y mercado crediticio", ob. cit., p. 14. Este riesgo motivó la reforma del sistema de segunda oportunidad estadounidense a través de la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA), como respuesta a las críticas vertidas por un sector eminentemente político –y en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina, la judicatura y los juristas prácticos del Derecho concursal– que apuntaba a una crisis moral que habría debilitado el estigma asociado a la insolvencia, propiciando el recurso al concurso de persona física de forma oportunista, con un correlativo aumento del coste de crédito de manera generalizada en perjuicio de los buenos pagadores. Sobre el proceso de reforma del sistema estadounidense, y los motivos que subyacen, entre otros, *vid.* DICKERSON, A. M.: "Regulating Bankruptcy: Public Choice, Ideology & Beyond", *Washington University Law Review*, Vol. 84, Issue 7, 2006, pp. 1861-1905. En España, entre otros, *vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., pp. 106-112; ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., pp.107-112; SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de persona física", ob. cit., pp. 27-28, 61-62.

[890] *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: *Proyecto del "Procedimiento Best" sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo*, Informe Final del Grupo de Expertos, Dirección General de Empresa, septiembre de 2003, p. 24; BASTANTE GRANELL, V.: *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, Ed. Comares, Granada, 2016, p. 246.

[891] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Superar el estigma del fracaso empresarial – por una política que ofrezca una segunda oportunidad". Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa, 5 de octubre de 2007 [COM (2007) 584 final], pp. 4-7. La Comisión propone, en este sentido, un tratamiento diferenciado de las situaciones de insolvencia que pueden ser consideradas honestas, evitando que sufran los mismos obstáculos en cuanto a los costes y a los plazos que las situaciones en las que cabe considerar que existe dolo o negligencia. De este modo, la Comisión pretende eliminar el estigma social que el concurso representa, así como los impedimentos legales y administrativos para volver a poner en marcha la actividad, en el caso de insolvencia honesta [*vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: "Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", 12 de diciembre de 2012 [COM (2012) 742 final], p. 6.]. La promoción de la segunda oportunidad para los empresarios honestos ha sido tratada por Comisión en otros documentos anteriores. *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Pensar primero a pequeña escala. «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas", 25 de junio de 2008 [COM (2008) 394 final].

suficientemente amplia para que el sistema no resulte restrictivo y, en consecuencia, ineficaz para lograr sus objetivos[892].

Finalmente, el ámbito temporal de la exoneración del pasivo insatisfecho se refiere al momento en que tiene lugar la exoneración definitiva de las deudas pendientes, teniendo en cuenta que puede ser concedida de oficio o previa solicitud, y de manera inmediata o diferida, bajo la condición de cumplir un plan de pagos; y considerando la duración de los planes de pagos, del propio procedimiento concursal, y la fase de este en la cual tiene lugar la exoneración definitiva.

Del análisis de los distintos elementos que componen los sistemas de insolvencia de persona física que prevén la exoneración del pasivo insatisfecho, doctrinalmente se han identificado cuatro modelos de regulación, cuyas características sintetizamos a continuación[893].

En primer lugar, el «*market model*» o «modelo de mercado», propio de sistemas como el estadounidense o el canadiense, permite una exoneración rápida de las deudas contractuales, pero excluye la exoneración de créditos derivados de acreedores involuntarios o que no responden a la actuación del deudor en el mercado. La idea que subyace a este planteamiento es que la exoneración de deudas es un medio para reasignar los riesgos del mercado de crédito, trasladando los riesgos y los costes del impago del deudor a los acreedores como medida de eficiencia del mercado de crédito, si bien este enfoque se suaviza con la imposición de ciertas obligaciones de educación financiera y asesoramiento al deudor.

En segundo lugar, el «*restrictions model*» o «modelo de restricciones», en el que cabe subsumir los sistemas inglés-galés, escocés, australiano y neozelandés, se

[892] Así se ha destacado al comentar el informe de INSOL INTERNATIONAL, *Consumer debt report: report of findings and recommendations*, del año 2001: «The discharge should cover as many debts as possible that exist at the beginning of the proceedings or at the time that the discharge is obtained. In many jurisdictions, however, certain debts are excluded from a discharge, such as debts arising from maintenance agreements, fraud, court fines, taxes, and student loans. Although there can be a social justification for such exceptions, they should be kept to a minimum. A discharge with too many restrictions and surviving debts may not sufficiently assist the debtor in making a fresh start. Testing whether the debtor acted in good faith could be more appropriate in some circumstances. » (cfr. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 42).

[893] *Vid*. HEUER, J. O.: "Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief. A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries", ob. cit., pp. 383-454; 460-462.

caracteriza por compartir ciertas características con el «modelo de mercado», como la rápida exoneración del deudor, pero penaliza al deudor con inhabilitaciones o restricciones económicas, políticas o civiles durante y después de la insolvencia. Así, subyacen a este enfoque elementos punitivos que pretenden proteger el orden público económico y que parecen tener su origen en las insolvencias punibles.

En tercer lugar, el «*liability model*» o «modelo de responsabilidad», característico de los sistemas alemán y austriaco, exige que el deudor realice pagos de deudas no exonerables durante periodos más largos, y le impone obligaciones de educación financiera y de comportamiento. En la base de este planteamiento está la consideración del sobreendeudamiento de los consumidores como un fenómeno económico, pero incide en la responsabilidad del deudor en el pago de sus deudas –y no tanto en la responsabilidad de los acreedores en la concesión de préstamos y créditos– y pretende maximizar los pagos a los acreedores.

Finalmente, el «*mercy model*» o «modelo de compasión» o «de merecimiento» que, con ciertas diferencias entre sí, puede verse reflejado tanto en los sistemas francés y belga, como en el de los países escandinavos (Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia), se centra en las necesidades y capacidades del deudor, y concede un amplio margen de discrecionalidad a los órganos del procedimiento para adaptar la exoneración de deudas a las circunstancias concretas de la insolvencia del deudor.

En síntesis, tanto el «modelo de mercado» como el «modelo de responsabilidad» buscan regular la esfera económica de las relaciones deudor-acreedor, pero el «modelo de mercado» resalta la responsabilidad de los acreedores por la concesión de crédito, mientras que el «modelo de responsabilidad» enfatiza la responsabilidad del deudor por el pago de la deuda. En cambio, tanto el «modelo de restricciones» como el «modelo de compasión» prestan atención a la esfera pública de las relaciones deudor-sociedad, si bien el «modelo de restricciones» resalta la protección de la sociedad frente a los deudores, mientras que el «modelo de compasión» enfatiza el merecimiento de un alivio por parte de los deudores[894]. En cualquier caso, frente al «modelo de mercado», los demás modelos regulatorios disponen una exoneración "ganada" (*earned start*), de manera que se

[894] *Vid.* HEUER, J. O.: "Social Inclusion and Exclusion in European Consumer Bankruptcy Systems", ob. cit., pp. 9-10.

imponen al deudor, en mayor o menor medida, determinadas condiciones de comportamiento o de pago de parte de sus deudas para poder obtenerla[895].

Atendiendo a los distintos modelos a los que responden las regulaciones que contemplan la exoneración del pasivo pendiente, la cuestión que debemos plantearnos en el marco de nuestro estudio es cuál de estos modelos fomenta en mayor medida el préstamo responsable y si el sistema de exoneración previsto en nuestro ordenamiento jurídico refleja dicho modelo.

Los estudios de *behavioral economics* muestran que los sistemas que prevén una exoneración directa, sin plan de pagos, tienen un menor efecto preventivo del sobreendeudamiento activo, en cuanto que los deudores perciben que la exoneración es fácil de obtener[896]. En cambio, aquellos sistemas que establecen la concesión de la exoneración tras un periodo de cumplimiento de las obligaciones a través de un plan de pagos parecen tener un mayor efecto sobre la conducta financiera de los deudores, completando las limitaciones que tiene la información en la prevención del sobreendeudamiento activo[897], que ya hemos analizado en otro lugar[898].

Este punto de vista, sin embargo, aborda únicamente el mensaje que la regulación concursal envía a los deudores que han incurrido en un endeudamiento irresponsable (*irresponsible borrowing*), pero cabe preguntarse qué mensaje envía a los acreedores que han causado la insolvencia con la concesión irresponsable de préstamo (*irresponsible lending*).

En los epígrafes siguientes analizaremos el modelo de segunda oportunidad previsto en Derecho español con el fin de determinar si constituye un incentivo para el

---

[895] *Vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 166.

[896] *Vid.* KILBORN, J. J.: "Behavioral economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions", ob. cit., pp. 26-28. El autor se refiere, en particular, al sistema de exoneración directa previsto en el Chapter 7 del U.S. Bankruptcy Code: «This quick and minimalistic approach to debt relief does very little to increase the "availability" of information about the potential risks and costs of overborrowing-neither among debtors passing through the system nor among those who hear about the system's operation second-hand. (…) Indeed, if the information available to consumers is that the system represents an easy way out of debt, that may well exacerbate consumers' tendency to discount the potential future costs of risky credit behavior. After all, if future discharge is free for the taking, why worry about the risks of present borrowing? ».

[897] *Vid.* KILBORN, J. J.: "Behavioral economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions", ob. cit., pp. 28-29.

[898] *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.2.1.

préstamo responsable a través del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario por parte de los prestamistas profesionales y, en particular, por parte de las entidades de crédito, que constituye el objeto de nuestro estudio, como medio de prevención y solución de la insolvencia de la persona física.

4. Antecedentes regulatorios de la exoneración del pasivo insatisfecho

4.1. Evolución de la regulación española en el marco comunitario

En Derecho español, la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho es reciente. La redacción original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) establecía en el art. 178.2 la responsabilidad del deudor persona física[899] del pago de los créditos restantes tras la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, de manera que los acreedores podían iniciar ejecuciones singulares en tanto que no se acordase la reapertura o no se declarase nuevo concurso[900].

Este tratamiento concursal de la insolvencia de la persona física se caracterizaba, por tanto, por una preeminencia absoluta del principio de responsabilidad patrimonial universal. El patrimonio futuro del deudor quedaba vinculado al pago de las deudas pendientes tras la conclusión del procedimiento concursal, de modo que, tras la conclusión del procedimiento, la situación del deudor no sólo no había mejorado, sino que, en muchos casos, incluso había empeorado pues, tras la liquidación de su patrimonio embargable, se impedía que el deudor regresase a la actividad productiva sin estar lastrado de por vida por sus deudas pendientes y, en el peor de los casos, colocaba al deudor en

[899] A diferencia de las personas físicas, la conclusión del concurso de la persona jurídica supone su extinción (cf. art. 485 TRLC), efecto previsto en el art. 178.3 LC en su redacción original.

[900] El art. 178.2 LC, en su redacción original, establecía: «En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso».

una situación de concurso permanente[901]. La regulación era, por tanto, marcadamente *pro creditoris*, y resultaba absolutamente ineficiente para resolver la insolvencia del deudor

[901] Así lo puso de manifiesto el AJM Nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010 (Roj: AJM B 20/2010 - ECLI: ES:JMB:2010:20A), que propició la apertura del debate en España sobre el tratamiento de la insolvencia de la persona física. El AJM contiene el pronunciamiento del Magistrado D. José María Fernández Seijo sobre la solicitud de la administración concursal encargada del concurso voluntario de dos personas físicas, de exonerar a los concursados de las deudas pendientes concluida la fase de liquidación. El concurso, que fue declarado fortuito en auto de calificación, llevó a liquidar el patrimonio de los concursados, con la satisfacción de la totalidad del crédito con privilegio especial (tras la venta de la vivienda sobre la que recaía la garantía) y del crédito contra la masa, así como de un 45,9 por ciento del crédito ordinario. Siendo ambos concursados pensionistas, con unos ingresos mensuales mínimos, parte de los cuales debían destinarse a alimentos, carecían de patrimonio realizable tras la fase de liquidación. El auto aprueba la rendición de cuentas de la administración concursal y ordena la conclusión del procedimiento concursal por inexistencia de bienes o derechos (*ex* art. 176.1.4 LC), sin oposición por parte de los acreedores. Además, decreta la extinción de las deudas concursales no satisfechas. Así, el auto interpreta el art. 178.2 LC en el sentido de entender que los titulares de los «créditos restantes» a los que se refiere el precepto, de los cuales el concursado «quedará responsable» tras la conclusión del concurso, no serían los acreedores concursales sino los postconcursales, quienes ostentarían créditos contra la masa, nacidos tras la declaración de concurso y desatendidos, y estarían legitimados para instar ejecuciones singulares en el futuro. Entiende el AJM que, de otro modo, la interpretación literal de la norma provocaría que, tras la conclusión del concurso, el deudor hubiera de solicitar su reapertura inmediata a fin de evitar que los acreedores insatisfechos insten ejecuciones singulares, aun cuando su patrimonio hubiese sido liquidado en su práctica totalidad. En definitiva, el AJM pretende evitar que el deudor se vea obligado a instalarse en una situación de concurso permanente, o a solicitar la dilatación *sine die* del período de liquidación (*ex* art. 153 LC), pues ambas situaciones resultarían contrarias a los criterios de la LC, además de absurdas. Termina el AJM declarando que la interpretación propuesta conecta con el objetivo de *lege ferenda* de dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, concediéndoles una segunda oportunidad que evite su exclusión social, estando además dicha interpretación en la línea de las observaciones de la Unión Europea en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, préstamo responsable y derecho a que el deudor de buena fe pueda recomponer su vida económica.

Sobre el AJM Nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, *vid.* RUBIO VICENTE, P. J.: "La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 14, 2011, pp. 245 y ss.; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Comentario al auto del JM nº3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 que extingue deudas concursales de personas físicas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 1, 2011; CUENA CASAS, M.: "Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 125, 2012, pp. 289-320, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas; JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: "El fresh start, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3, de Barcelona, de 26 de octubre de 2010", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 729, 2012.

persona física de buena fe, que quedaba desprotegido[902]. Así lo demostraban las cifras de concurso de persona física en España[903].

Estas limitaciones de la LC para responder a las necesidades socioeconómicas de las personas físicas se pusieron de manifiesto de forma especialmente dramática con la crisis económica iniciada en el año 2008. Precisamente, este contexto impulsó a la Comisión Europea a recomendar a los Estados miembros de la Unión Europea la adopción de medidas de segunda oportunidad en los procedimientos de insolvencia de empresarios.

Así, con la crisis financiera la Comisión Europea profundizó en un planteamiento que ya venía explorando desde la constitución en el año 2002, en el marco del Procedimiento Best[904], del Grupo de Expertos en reestructuración, quiebra y nuevo comienzo, encargado del Proyecto del mismo nombre[905]. El informe final del Proyecto

[902] Para una visión crítica de la regulación anterior a la introducción de la segunda oportunidad, *vid.*, por todos, PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., pp. 3-4; CUENA CASAS, M.: "Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física", ob. cit., pp. 2-3, 18-21; MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", ob. cit., pp. 8-12.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, ob. cit., pp. 35, 59-60; COLINO MEDIAVILLA, J. L.: "Las implicaciones del concurso de consumidor para el mercado financiero", ob. cit., pp. 593-598; ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., pp. 551-552; SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de persona física", ob. cit., p. 24; DEFENSOR DEL PUEBLO: *Estudio sobre crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, octubre de 2013, pp. 26-31; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "El concurso de persona física", ob. cit., p. 595.

[903] El número de concursos de acreedores de personas físicas ha evolucionado notablemente con la introducción de medidas de segunda oportunidad. Así, mientras que, en el año 2009, en plena crisis financiera, se declararon en España un total de 1.022 concursos de personas físicas sin actividad empresarial, descendiendo esta cifra progresivamente hasta alcanzar la los 649 en el año 2015; desde ese año no ha dejado de aumentar, habiéndose declarado 956 en 2016, 1.492 en 2017, 2.066 en 2018, 2.983 en 2019, y 4.032 en 2020. Por lo que respecta a los concursos de personas físicas con actividad empresarial, se ha pasado de 285 concursos en el año 2009, a cifras crecientes desde el año 2015 con 182 concursos (2015), 229 (2016), 280 (2017) 391 (2018), 471 (2019) y 637 (2020). *Vid.* INE, Estadística del Procedimiento Concursal. Datos anuales, Deudores concursados por naturaleza jurídica (disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=resultados&idp=1254735576550#!tabs-1254736195486).

[904] El Procedimiento Best nace del mandato dado por el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000 a la Comisión Europea para que utilizase el método abierto de coordinación en orden a alcanzar el objetivo previsto para 2010 de promover en Europa una economía basada en el conocimiento. Dicho método consiste en la adopción de directrices europeas susceptibles de ser traducidas en políticas nacionales y regionales, con el fin de alcanzar objetivos generales adaptándose a las condiciones locales. Basándose en el método descrito, la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea diseñó el Procedimiento Best, que incluye la realización de evaluaciones comparativas y la determinación de objetivos operativos en cuestiones que resultan clave para alcanzar la meta propuesta por el Consejo Europeo de Lisboa.

[905] Este Proyecto representa uno de los principales instrumentos para realizar los objetivos establecidos en la Carta Europea de la Pequeña y Mediana Empresa (*vid.* CONSEJO EUROPEO: "Carta Europea de la Pequeña Empresa", *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa María da Feira*, 19 y 20 de junio de 2000).

incidía, entre otras cuestiones, en la necesidad de fomentar el nuevo comienzo de quienes han fracasado y eliminar el estigma asociado a la insolvencia mediante la limitación de las restricciones impuestas al deudor concursado de buena fe y la exoneración de las deudas pendientes[906]. Desde entonces, la Comisión Europea emitió numerosas comunicaciones en las que destacaba la importancia de impulsar políticas que ofrezcan una segunda oportunidad a los deudores honestos mediante la exoneración de la responsabilidad por las deudas pendientes[907]. También el Consejo «Competitividad» de mayo de 2011 invitó a los Estados miembros de la UE a que promovieran el principio de segunda oportunidad, convirtiendo la adopción de leyes nacionales que incluyan la institución del *fresh start* en prioridad legislativa a nivel comunitario[908].

La Comisión Europea retomó y concretó las ideas surgidas durante los años anteriores en el año 2012 en una importante Comunicación donde señaló la relevancia de

[906] *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: *Proyecto del "Procedimiento Best" sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo*, Informe Final del Grupo de Expertos, Dirección General de Empresa, septiembre de 2003, p. 33.

[907] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Superar el estigma del fracaso empresarial – por una política que ofrezca una segunda oportunidad". Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa, 5 de octubre de 2007 [COM(2007) 584 final], p. 9. En la misma línea, la iniciativa «Small Business Act» para Europa de la Comisión Europea a favor de las pequeñas empresas, identificó como el segundo de sus principios «garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad» (cfr. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Pensar primero a pequeña escala. «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas", 25 de junio de 2008 [COM (2008) 394 final], p. 4); idea que también quedó plasmada posteriormente en la estrategia «Europa 2020» (*vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión "EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", 3 de marzo de 2010 [COM (2010) 2020 final], p. 24). En orden a cumplir los compromisos esbozados en la «Small Business Act», la Comisión Europea impulsó el proyecto «Quiebra y Segunda Oportunidad», en cuyo marco se constituyó un Grupo de Expertos sobre la prevención de la quiebra, la simplificación de los procedimientos de quiebra y el apoyo al *fresh start*. Su informe final recomendaba conceder una segunda oportunidad a los emprendedores honestos que habían sufrido la quiebra de su negocio a través de la exoneración de la totalidad de sus deudas pendientes en un periodo de entre uno y tres años, y destacaba las medidas que ofrecen una segunda oportunidad como una de las opciones políticas más prometedoras y desaprovechadas para la creación de empleo y el crecimiento empresarial (*vid.* AA. VV.: *A second chance for entrepreneurs. Prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*, Final Report of the Expert Group, Enterprise and Industry Directorate General, European Commission, January 2011, pp. 3; 11-12).

[908] En particular, el Consejo «Competitividad» instó a los Estados Miembros a que adoptasen las medidas necesarias para que en el año 2013 el periodo de suspensión de la actividad y de liquidación de deudas después del concurso para los empresarios honestos hubiese sido limitado a un máximo de tres años (*vid*. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: Conclusiones del Consejo «Competitividad» sobre la revisión de la iniciativa en favor de las pequeñas empresas («Small Business Act» para Europa), Documento 10975/11, 31 de mayo de 2011, p. 7).

modernizar la normativa europea[909] a fin de conceder a las empresas en crisis una segunda oportunidad en caso de que acudan a un procedimiento de insolvencia[910]. A través de este documento anticipó la Recomendación que emitiría el año 2014 estableciendo normas mínimas sobre la exoneración de deudas a los empresarios insolventes[911], con la que introdujo un nuevo paradigma en el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas[912] a través del establecimiento de mecanismos de segunda oportunidad.

Frente a este enfoque, España era de los pocos países de la Unión Europea que en el año 2013 no contemplaba la exoneración de deudas tras la conclusión del concurso de acreedores de la persona física, lo que mereció las críticas del Fondo Monetario Internacional[913].

La necesidad de este cambio normativo ya había sido objeto de debate en el año 2009 en el marco de la elaboración de la propuesta de modificación de la Ley Concursal que fue encomendada a la Sección Especial constituida al efecto en el seno de la Comisión

[909] La legislación comunitaria en materia de insolvencia se contiene en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DOUE núm. 141, de 5 de junio de 2015, pp. 19–72. El Considerando 10 señala: «El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe ampliarse a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. […] También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. […]».

[910] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: "Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", 12 de diciembre de 2012 [COM (2012) 742 final], p. 2.

[911] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE). Si bien el ámbito de aplicación de la Recomendación es el sobreendeudamiento y la insolvencia de los empresarios, la Comisión Europea instaba expresamente a los Estados a que valorasen su posible aplicación también a los consumidores (*vid.* Ídem, Considerando 15).

[912] *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", *Diario La Ley*, Nº 8538, 13 de mayo de 2015, p. 2.

[913] *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND: *Spain. 2013 Article IV Consultation. Selected Issues*, IMF Country Report No. 13/245, August 2013, p. 24.

General de Codificación[914]. Sin embargo, la limitación de tiempo con que fue constituida la Sección Especial de la Comisión[915] motivó que finalmente la segunda oportunidad de la persona física insolvente no se incluyese en el texto definitivo del Anteproyecto de 17 de diciembre 2010, ni en el Proyecto de Ley de Reforma[916], ni en el Proyecto remitido por el Congreso al Senado[917].

La Ley 38/2011, de 10 de octubre[918] modificó la redacción del art. 178.2 de la LC[919], pero lejos de mejorar la protección de los deudores personas físicas, reforzó el marcado carácter *pro creditoris* de la norma[920].

---

[914] Tras la reforma introducida en la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, se constituyó en el seno de la Comisión General de Codificación una Sección Especial para la reforma de la Ley Concursal, a fin de que elaborase una propuesta de modificación (*vid.* Orden de 9 de julio de 2009, del Ministerio de Justicia, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación una Sección Especial para la reforma de la Ley Concursal). La propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, de 29 de mayo 2010, incluía en la modificación del art. 179.1 («reapertura del concurso») una referencia a la exoneración de deudas. El texto de la propuesta incluía en el apartado 83 de su Artículo único: «83. Se da nueva redacción al artículo 179: «Artículo 179. Reapertura del concurso. 1. Salvo que se haya aplicado el régimen de exoneración de deudas previsto en los capítulos siguientes, la declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior.».

[915] *Vid*. PULGAR EZQUERRA, J.: "Ley de emprendedores y segunda oportunidad", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 51, 2013.

[916] BOCG, 1 abril 2011, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 119-1

[917] BOCG, 3 de agosto de 2011, Senado, Serie I, nº 104-651

[918] Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

[919] La redacción dada al art. 178.2 LC por el art. único.102 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establecía: «En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.».

[920] No obstante, a través de la Disposición adicional única de la Ley, el legislador emplazó al Gobierno para que remitiese a las Cortes Generales un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encontrasen en dificultades para satisfacer sus obligaciones, «especialmente las garantizadas con hipoteca». En él debía incluirse la posible adopción de otras medidas dirigidas a completar la protección económica y social de consumidores y familias, incluyendo opciones de solución extrajudicial, de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza. Si bien dicho informe no llegó a remitirse, estas medidas fueron adoptadas en materia hipotecaria a través de normativa de excepción y emergencia «con un alcance paliativo de mínimos», a través del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de Medidas de apoyo a deudores hipotecarios, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012), y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012) [*vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", ob. cit., p. 17, y "El sobreendeudamiento de la persona física", ob. cit., pp. 383-424].

El legislador español trató de acometer la tan necesaria reforma a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante, LEI)[921]. Así, el apartado 2 del art. 21.5 de esta Ley modificó el artículo 178.2 de la LC[922] con la pretensión de incluir la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho y el art. 21.7 añadió un Título X a la Ley Concursal, en el cual se recogía la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP). Con esta reforma se situaron de forma preliminar las bases de lo que sería el régimen de segunda oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico: la posibilidad de que, tras la liquidación de su patrimonio embargable, los deudores de buena fe[923] que hubiesen satisfecho un determinado umbral de pasivo obtuviesen la exoneración de las deudas no satisfechas, *premiando* a aquellos deudores que hubiesen intentado alcanzar un acuerdo preconcursal con una reducción en el umbral de pago exigido. Sin embargo, el legislador no alcanzó el objetivo perseguido pues la nueva normativa adolecía de múltiples defectos técnicos y se caracterizaba por ser permisiva con la conducta del deudor, mientras que, por el contrario, resultaba

[921] BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

[922] El artículo 178.2 LC, de conformidad con la reforma operada por la LEI, dispone: «La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.».

[923] La regulación establecida en el art. 178.2 de la LC por la LEI se limitaba a excluir la exoneración en los casos de concurso culpable y cuando el deudor hubiese sido condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o «por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso». La norma adolecía de una notable vaguedad, y equiparaba al deudor de buena fe con aquel que no fuera un delincuente, de modo que se amparaba la actuación en riesgo moral (*moral hazard*) de los deudores que incurren en un sobreendeudamiento activo.

restrictiva con las deudas susceptibles de ser exoneradas[924]; motivos por los cuales mereció la crítica de los organismos internacionales[925].

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante, RDL 1/2015)[926] pretendía salir al paso de la necesidad normativa de contar con una adecuada regulación de la segunda oportunidad[927]. A través del apartado Primero de su art. 1 modificó la redacción del art. 178.2 de la LC[928] para remitir a un nuevo artículo art. 178 bis –introducido en su apartado Segundo–, en el cual se regulaba la segunda oportunidad bajo la denominación de «beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho»; rúbrica que, en mi opinión, no reflejaba adecuadamente la naturaleza

[924] Como certeramente señala PULGAR EZQUERRA, J., esta regulación no reunía los elementos que deben caracterizar los mecanismos de segunda oportunidad y que habían sido definidos en la Recomendación de la Comisión Europea, donde se señalaba la conveniencia de que la regulación en materia de segunda oportunidad fuera rigurosa en el acceso a la exoneración, por tratarse de una excepción a los principios generales de cumplimiento de las obligaciones y de responsabilidad patrimonial universal y, al mismo tiempo, estableciera un amplio ámbito objetivo al señalar las deudas que pueden ser exoneradas, con inclusión, en su caso, del crédito público (*vid.* "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", ob. cit., p. 17). Con razón se ha dicho que, conforme al ámbito de aplicación de esta norma, se vetaba la exoneración a los deudores que menos tienen, pues quien no pudiese pagar el elevado umbral de pasivo establecido en la norma seguiría condenado a la exclusión social (*vid.* CUENA CASAS, M.: "No hay segunda oportunidad para el que menos tiene", ob. cit.; "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", ob. cit.).

[925] El FMI destacó la infrautilización del procedimiento concursal en España, en comparación con otros países, entre otros motivos, por la excesiva severidad para con el deudor del régimen de insolvencia aplicable a la persona física y a las pequeñas y medianas empresas, e instó a España a que incorporase en su ordenamiento jurídico medidas concursales que permitiesen la recuperación del deudor a través de una segunda oportunidad eficiente (*vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain. Selected Issues", *IMF Country Report No. 14/193*, July 2014, p. 42).

[926] BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015.

[927] Sobre el contexto político en el que se aprobó esta regulación, que incidió de forma decisiva en su configuración y explica alguno de sus defectos, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.), *Comentarios a la Lay de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 67-69.

[928] De acuerdo con la nueva redacción: «Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.».

jurídica de la exoneración[929]. Su contenido fue convalidado el 12 de marzo de 2015 por acuerdo del Congreso de los Diputados[930], y fue posteriormente tramitado como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, dando lugar a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante, Ley de Segunda Oportunidad o LSOP)[931]. La LSOP estableció en su artículo 1 la modificación de la Ley Concursal para introducir la regulación de la segunda oportunidad. Si bien mejoró en algunos aspectos el texto del RDL 1/2015, la LSOP persistió en muchos de los errores de la norma de urgencia y en su enorme complejidad.

El sistema de segunda oportunidad de la LSOP se caracterizaba por su carácter restrictivo y por su deficiente técnica legislativa. El art. 178 bis de la LC[932] se basaba en la premisa de que el deudor hubiese solicitado la exoneración tras haber concluido su concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, y giraba en torno a tres

[929] Se refiere al «*discharge*» como «beneficio» PULGAR EZQUERRA, J. al señalar que en ningún caso debe considerarse un derecho del deudor (*vid.* "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", ob. cit., p. 14). Sin embargo, el uso de esta denominación con carácter normativo no se compadecía con la naturaleza de la exoneración. Otras excepciones al principio de responsabilidad patrimonial universal reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico (*v. gr.* el régimen de bienes inembargables, ex arts. 605-609 de la LEC) no han recibido esta denominación, y tampoco encontramos esta terminología en otras jurisdicciones que, sin embargo, aluden a la posibilidad de «beneficiarse» de la exoneración. Así, la normativa francesa sobre la materia señala que «el beneficio de las medidas de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento está abierto a las personas físicas de buena fe» (*vid.* Art. L711-1 C.cons.: «Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi.»). El precepto se refiere, por tanto, a que el «beneficio de las medidas (…) está abierto» a los deudores de buena fe, no que las medidas *sean* un beneficio. Creo que una traducción más ajustada podría ser «El hecho de beneficiarse de las medidas (…) está abierto» a los deudores de buena fe. El mismo problema de traducción nos encontramos en la versión en español del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017. Donde, en su versión en inglés, el CESE habla de «*rules that allow entrepreneurs* to benefit *from a second chance*», la versión en español alude a «unas normas que concedan a los empresarios *el beneficio* de una segunda oportunidad», en vez de referirse a «unas normas que permitan a los empresarios *beneficiarse* de una segunda oportunidad». Por su parte, la ley alemana no se refiere a ningún *beneficio* (*vid.* Secciones 287 y ss. InsO, donde se habla de «*discharge of residual debt*», en su traducción oficial inglesa). Por tanto, donde la regulación hablaba de «beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho», habría sido técnicamente más correcto que se refiriera a la posibilidad del deudor de *beneficiarse* de la exoneración del pasivo insatisfecho como excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. A mi modo de ver, en la terminología utilizada en la norma se entreveía un incorrecto uso del leguaje que, a la postre, manifestaba el sesgo *pro creditoris* del legislador, que calificaba de «beneficio» una justificada excepción de un principio general del Derecho.

[930] BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2015.

[931] BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

[932] Dada la extensión del precepto, reproduciremos su contenido cuando sea pertinente al hilo de la exposición.

ejes íntimamente relacionados: que el deudor fuese considerado de buena fe, que hubiese intentado alcanzar un AEP con sus acreedores, y que abonase un determinado umbral de pasivo no exonerable, bien durante la fase de liquidación del concurso, bien de acuerdo con un plan de pagos. Como veremos más adelante[933], la sistemática del art. 178 bis de la LC en su redacción dada por la LSOP planteaba numerosos problemas interpretativos que se tradujeron en su inaplicación durante cierto tiempo, a pesar de que se trataba de una regulación ampliamente solicitada en los últimos años[934]. La normativa adolecía de defectos graves, entre los que cabe destacar la mezcla de los requisitos de conducta con la capacidad de pago del deudor para definir la buena fe[935] y el requisito de abono del pasivo no exonerable para lograr la exoneración, lo que hacía al sistema gravemente restrictivo y perjudicaba la consecución de sus propios objetivos[936]. A esta configuración

[933] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.

[934] En su XXV Reunión Nacional, los Jueces Decanos de España manifestaron su preocupación ante la falta de solicitudes de AEP y exoneración del pasivo pendiente durante los primeros 8 meses desde la entrada en vigor de la norma. (*vid.* Conclusiones de la XXV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España, Vigo, 26 a 28 de octubre de 2015, p. 5).

[935] El art. 178 bis.3 de la LC en su redacción dada por la LSOP hacía depender la apreciación de la «buena fe» del deudor de tres requisitos generales ineludibles: (*i*) que el concurso no se hubiese declarado culpable, (*ii*) que el deudor no hubiese sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso, y (*iii*) que, reuniendo los requisitos para celebrar un AEP (cf. art. 231 LC), lo hubiese celebrado o intentado celebrar. Además, establecía una serie de requisitos adicionales alternativos que constituían, a la postre, dos modalidades de exoneración del pasivo insatisfecho: (*a*) satisfacer un umbral de pasivo que comprendía la integridad de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, además del 25 por ciento de los créditos ordinarios en caso de que el deudor –pudiendo– no hubiera intentado alcanzar un AEP (cf. art. 178 bis.3. 4º LC); y (*b*) aceptar ciertas condiciones de actividad que incluían acogerse a un plan de pagos y reunir una serie de condiciones adicionales acreditativas de su buena fe: no haber incumplido las obligaciones de colaboración (cf. art. 42 LC), no haber obtenido la exoneración en los 10 últimos años, no haber rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad dentro de los 4 años anteriores a la declaración de concurso, y aceptar de forma expresa que la obtención de la exoneración se hiciese constar en el Registro Público Concursal por 5 años (cf. art. 178 bis.3. 5º LC). La modalidad conforme a la cual se solicitase la exoneración condicionaba la extensión de la exoneración (cf. art. 178 bis.5 LC) y el régimen de revocación (cf. art. art. 178 bis.7 LC). *Vid*. AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis. Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 25, 2016, pp. 341-345. No obstante, la LC no hablaba propiamente de «supuestos» ni de «modalidades», sino de requisitos para presumir la buena fe, y dividía estos requisitos en dos grupos: uno que hemos venido a denominar «general», y otro grupo que englobaba dos requisitos alternativos (bien satisfacer un umbral de pasivo determinado, bien aceptar ciertas condiciones de actividad). En la misma línea, el legislador establecía como requisito para apreciar la buena fe del deudor el pago de un determinado umbral de pasivo, bien directamente, bien como objeto de un plan de pagos que se comprometería a cumplir. En cualquier caso, esta confusión de conceptos no hace más que poner de manifiesto la deficiente técnica legislativa utilizada para regular esta cuestión fundamental.

[936] Según su propio preámbulo, la LSOP tiene como objetivo permitir «que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.».

de la segunda oportunidad subyacía el miedo del legislador a que la exoneración incidiese negativamente en la cultura de pago en perjuicio de los acreedores, tal y como manifestaba el propio preámbulo de la LSOP[937]. Con ello asumía el prejuicio de que el deudor, sabiendo que en caso de insolvencia podría beneficiarse de la exoneración de sus deudas, podría incurrir en un sobreendeudamiento consciente, actuando en riesgo moral.

El 20 de enero de 2016 se constituyó en el seno de la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación una ponencia para la preparación de una propuesta de texto refundido de la Ley Concursal[938]. La propuesta vio la luz el 6 de marzo de 2017 y fue finalmente adoptada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)[939].

El TRLC sistematiza y ordena en 17 artículos el contenido del art. 178 bis de la LC, aclarando muchas de las dificultades interpretativas que presentaba este precepto. De acuerdo con la redacción original del TRLC, la exoneración del pasivo insatisfecho podía ser solicitada por el deudor de acuerdo con un «régimen general» basado en dos presupuestos: uno subjetivo, consistente en que el deudor fuese considerado de buena fe; y uno objetivo, consistente en el pago por el deudor de un determinado umbral de pasivo

[937] El preámbulo de la LSOP destacaba que «(…) el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.»; y señalaba que «Para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento.».

[938] *Vid.* Orden de 20 de enero de 2016, del Ministerio de Justicia, por la que se constituye en el seno de la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación una ponencia para la elaboración de una propuesta de texto refundido de la Ley Concursal. El texto, sometido a la aprobación de la Sección, debía remitirse a los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad a fin de que, previos los trámites oportunos, se cumpliese con el mandato legislativo recogido en la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, por la cual se autorizaba al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido de la Ley Concursal. El mandato –como apunta el Preámbulo del TRLC–, no se limitaba a elaborar un texto consolidado, sino que incluía las facultades regularizar, aclarar y la armonizar las normas integrantes de la Ley Concursal. Así, «Ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende de aplicar, y eliminar contradicciones –o incluso normas duplicadas o innecesarias– han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida.» (cfr. Preámbulo del TRLC). Sobre el proceso de elaboración del TRLC, *vid.* ROJO, A.: "El Texto Refundido de la Ley Concursal", *Anuario de derecho concursal*, Nº 51, 2020, pp. 9-26, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[939] BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020. La aprobación del TRLC ha tenido lugar en el contexto de la pandemia de COVID-19, cuyas consecuencias económicas se prevé que ocasionen la declaración de un gran número de concursos de acreedores. No es desde luego el contexto más propicio para introducir un nuevo texto al que deban adaptarse por los operadores juridicos (en este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", *Diario La Ley*, Nº 9669, Sección Tribuna, 8 de julio de 2020, p. 24), si bien es cierto que su –correcta– aplicación facilitará la gestión concursal en aquellos aspectos en los que la aclaración y reordenación del texto de la LC, tantas veces modificado, resultaba más necesaria.

no exonerable, bien de forma inmediata, de acuerdo con el «régimen general» (cf. arts. 487-488 TRLC), bien de forma diferida con sujeción a un plan de pagos, conforme al «régimen especial», para el caso de que «el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general» (cf. art. 493 TRLC). De esta forma, el sistema definía un presupuesto subjetivo común a ambos regímenes, y un presupuesto objetivo diferenciado que daba lugar a dos "vías" por las que obtener la exoneración, con diferentes requisitos y características en materia de contenido de la solicitud, extensión de la exoneración y revocación (cf. arts. 489-492 TRLC, para el régimen general; arts. 494-499 TRLC, para el régimen especial), y ciertos efectos comunes a ambos regímenes (cf. arts. 500-502 TRLC).

La sistemática del TRLC mejoró el modelo de segunda oportunidad previsto en la LSOP: la buena fe se definía al margen de la capacidad de pago, que solo determinaba la elección entre obtener la exoneración previo pago en el procedimiento de un umbral de pasivo no exonerable; u obtenerla bajo la condición del cumplimiento de un plan de pagos de la deuda no exonerable. Sin embargo, como detallaremos en el capítulo siguiente, la regulación presentaba ciertas incoherencias y deficiencias por ser el resultado de una refundición normativa y no de una modificación propiamente dicha; a pesar de lo cual, la nueva redacción dio lugar a cambios interpretativos de fondo e introdujo auténticos cambios que incluso motivó que algunos jueces decidieran inaplicar la norma por exceso *ultra vires* en la refundición[940].

4.2. El nuevo paradigma de la exoneración del pasivo insatisfecho: la DRI y su transposición a través de la Ley de Reforma Concursal

Paralelamente, tras constatarse la insuficiencia de su Recomendación de 2014 para asegurar la adopción armonizada de medidas que garantizasen la reestructuración y segunda oportunidad y los inconvenientes de no contar con un sistema de segunda

[940] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.3.

oportunidad eficiente[941], la Comisión Europea adoptó en el año 2016 la Propuesta de Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración[942] (en adelante, la propuesta de DRI).

El objetivo fundamental de la propuesta en materia de segunda oportunidad era que los Estados miembros contasen con «principios clave» y medidas para lograr la eficiencia de los procedimientos de insolvencia que la contemplasen[943]. No se planteaba una armonización plena, sino que se optó por la creación de un marco jurídico armonizado mínimo de la segunda oportunidad para empresarios con una disposición no vinculante sobre una segunda oportunidad para los consumidores[944].

Las claves de esta armonización «de mínimos» en el ámbito de la segunda oportunidad eran (*i*) que los empresarios sobreendeudados –y, en su caso, los

[941] Así se apuntó en la evaluación de impacto inicial realizada por la Comisión Europea sobre la iniciativa legislativa de insolvencia: «The lack of efficient restructuring framework and inefficient insolvency proceedings for companies and natural persons leads to a high amount of accumulated private debt. The latter is rising in the EU, unlike in the US. or Japan, where it is decreasing. One of the consequences is the sub-optimal level of investment in the Single Market and the loss of entrepreneurship opportunities. Differences between national insolvency laws and systems in the EU also contribute to this situation by high costs related to insolvency proceedings with crossborder elements. The impossibility of or long delays in discharging debts lead to difficulties in making a new start, especially for small entrepreneurs, and resources being caught up for a long period in unproductive activities. This, in turn, leads to an insolvency stigma and losses of growth, jobs and competitiveness. » (cfr. EUROPEAN COMMISSION: *Inception Impact Assessment, Initiative on insolvency*, DG JUST (A1), 2016/JUST/025 - INSOLVENCY II, 03/03/2016, pp. 2-3).

[942] *Vid.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)].

[943] *Vid.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)], Exposición de Motivos, p. 6.

[944] *Vid.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)], Exposición de Motivos, pp. 7, 21. Tal y como señalaba la propuesta, dada la diversidad de los sistemas jurídicos en materia de insolvencia a nivel comunitario y los vínculos entre este ámbito y otros como el derecho de sociedades, la mayoría de los Estados miembros participantes en la consulta efectuada insistió en que la armonización debía basarse en principios (ibidem, pp. 7, 20). También las partes interesadas participantes en la consulta (*v. gr*. organizaciones empresariales, asociaciones de profesionales, instituciones financieras, organizaciones de consumidores, sindicatos y académicos) se mostraron, en general, a favor de unas normas mínimas armonizadas con un enfoque equilibrado que salvaguardase los intereses de todas las partes interesadas y previniese el riesgo moral (ibidem, p. 20).

consumidores– pudieran obtener la plena «condonación de deudas»[945] en un plazo no superior a tres años desde el inicio de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos o la aplicación de un plan de reembolso, sin necesidad de presentar una nueva solicitud al órgano competente[946]; (*ii*) el cese de cualquier inhabilitación para realizar una actividad empresarial o profesional al final del plazo de exoneración sin tener que volver a recurrir al órgano competente (salvo que resulten de aplicación normas éticas específicas a una determinada profesión); (*iii*) la limitación de las anteriores medidas en circunstancias bien definidas y con base en el interés general (*v. gr.* en caso de actuación deshonesta o de mala fe, de no adhesión a un plan de reembolso, o de acceso abusivo o reiterado a procedimientos de exoneración); (*iv*) la posibilidad de excluir o aplicar plazos más largos de exoneración a determinadas deudas atendiendo al interés general (*v. gr.* deudas garantizadas o deudas derivadas de sanciones penales o de responsabilidad delictual); y (*v*) la consolidación de los procedimientos relativos a las deudas personales y profesionales. En la elaboración de la propuesta, la Comisión pareció influida por la opinión del CESE[947], y reflejaba en gran medida las mejores prácticas identificadas por

[945] El término «*discharge*» fue traducido en la versión en español como «condonación», lo que resultaba confuso pues, como hemos visto, el *discharge* implica la extinción o cancelación de la deuda por ministerio de la ley, sin necesidad del consentimiento del acreedor afectado, a diferencia de la «condonación de deudas» otorgada expresa o tácitamente por el acreedor (*vid.* art. 1187 CC; voz «condonación» del Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española).

[946] El CESE calificó de «encomiable» esta simplificación para acceder a la segunda oportunidad [*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017, p. 26].

[947] *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, C 311/38. En este sentido, *vid.* KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., p. 585.

la doctrina[948], en especial en lo referente a lograr una exoneración rápida y con un amplio ámbito objetivo.

La propuesta de DRI fue finalmente aprobada[949] como la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, más conocida como Directiva de Reestructuración e Insolvencia (en adelante, DRI)[950]. El texto definitivo se separa en numerosos aspectos del inicialmente proyectado en la propuesta de DRI como consecuencia de las presiones de los *lobbies* en su proceso de aprobación reflejadas en los debates del Consejo de la Unión Europea. Entre los cambios introducidos, cabe destacar la restricción de su ámbito subjetivo a los

[948] *Vid.* KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., p. 597, en referencia a su trabajo "Expert recommendations and the evolution of European best practices for the treatment of overindebtedness, 1984-2010", Radboud University Nijmegen, 2011. Sobre las propuestas regulatorias planteadas con anterioridad por la doctrina, *vid.* HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", ob. cit., pp. 224-233 (donde resume las conclusiones del estudio HULS, N. / REIFNER, U. / BOURGOIGNIE, T. / REICH, N. / DOMONT-NAERT, F. / VAN HUFFEL, M., et al.: *Overindebtedness of consumers in the EC member states. Facts and search for solutions*, Commission of the European Communities, Directorate-General Consumer Policy Services, Brussels, 1994); COUNCIL OF EUROPE: Recommendation CM/Rec(2007)8 of the Committee of Ministers to member states on legal solutions to debt problems (Adopted by the Committee of Ministers on 20 June 2007), Strasbourg, 2008; LONDON ECONOMICS: *Study on means to protect consumers in financial difficulty: Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages, and restrictions on debt collection abusive practices*, Final Report, Contract Nº MARKT/2011/023/B2/ST/FC, Financial Services Users Group (FSUG), Commission of the European Communities, Directorate-General Internal Market and Services, London, 2012, p. 190.

[949] Hay que destacar que el texto definitivo se separa en numerosos aspectos del inicialmente proyectado en la Propuesta Directiva como consecuencia de las presiones de los *lobbies* en su proceso de aprobación (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 5).

[950] Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019, pp. 18 a 55.

«empresarios insolventes» frente a los «empresarios sobreendeudados»[951]; el establecimiento de limitaciones para la concesión de la exoneración en el plazo de tres años[952], cuyo cómputo, sin embargo, no armoniza[953]; y el cómputo del plazo de exoneración desde la finalización del «procedimiento de insolvencia»[954].

[951] El art. art. 1.1.b) de la propuesta de DRI establecía: «La presente Directiva establece normas relativas a: […] b) los procedimientos para la condonación de las deudas contraídas por empresarios sobreendeudados con el fin de que puedan emprender una nueva actividad comercial; […]». La presidencia del Consejo señaló al respecto: «Una serie de Estados miembros estima que, para merecer esta condonación, el empresario primero debe, sin embargo, ser declarado insolvente. Esos Estados miembros no quieren verse obligados a prever la posibilidad de que un empresario obtenga la plena condonación de las deudas cuando ya está sobreendeudado pero aún no es insolvente. A la luz de lo que antecede, la propuesta transaccional requiere que los Estados miembros prevean al menos un procedimiento conducente a la condonación de deudas de un empresario insolvente, al tiempo que se permite a los Estados miembros interpretar el concepto de insolvencia con arreglo a la legislación nacional. Esta interpretación nacional podrá entonces incluir el principio de sobreendeudamiento. Por otra parte, también se permitirá a los Estados miembros que exijan el cese de las actividades respecto de las cuales existe la deuda.» [cfr. Consejo de la Unión Europea, Expediente interinstitucional: 2016/0359 (COD), Bruselas, 24 de mayo de 2018 (OR. en) 9236/18, p. 4].

[952] En relación con el plazo de exoneración, la presidencia del Consejo argumentó: «[…] Mientras que numerosos Estados miembros estaban de acuerdo con el plazo máximo de tres años propuesto por la Comisión, otro grupo estimaba que era demasiado corto. A fin de encontrar una solución transaccional entre estas posiciones contrapuestas, el texto transaccional establece la norma general de que el plazo de condonación debe ser de un máximo de tres años. No obstante, el texto prevé amplias posibilidades para que los Estados miembros definan situaciones en sus legislaciones nacionales en las que se restrinja el acceso al procedimiento de condonación, se pueda prolongar el plazo o revocar la condonación. Los Estados miembros también podrán excluir determinados tipos de deudas según su legislación nacional.» [cfr. Consejo de la Unión Europea, Expediente interinstitucional: 2016/0359 (COD), Bruselas, 24 de mayo de 2018 (OR. en) 9236/18, p. 5]. Frente al riesgo moral que parecen percibir quienes consideran el plazo de exoneración de tres años demasiado corto, estudios de *behavioral economics* han demostrados que los planes de pagos demasiado largos hacen la regulación menos efectiva, pues los deudores perciben que los sacrificios que conllevan contrarrestan los beneficios de la exoneración (*vid.* KILBORN, J. J.: "Behavioral economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions", ob. cit., pp. 37-38).

[953] Dado que la DRI no condiciona el sistema de exoneración previsto por los Estados miembros, establece distintos criterios para determinar el *dies a quo*: (*a*) en el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos, la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de confirmar el plan o el inicio de la aplicación del plan; o (*b*) en todos los demás procedimientos, la fecha de la decisión de la autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor. Las alternativas para el cómputo del plazo son, por tanto, diversas, lo que constituye una deficiencia de la DRI. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., pp. 11-12.

[954] La presidencia del Consejo indicó al respecto: «[…] Mientras que la Comisión había propuesto una distinción entre el procedimiento conducente a la liquidación de los activos del empresario y los procedimientos que incluyan un plan de reembolso, una serie de Estados miembros indicaron que tenían procedimientos que incluían tanto un plan de liquidación como un plan de reembolso. El texto transaccional tiene como objetivo establecer unas condiciones equitativas para todos los tipos de procedimiento: contempla opciones para los Estados miembros que poseen procedimientos que incluyan un plan de reembolso, la realización de activos o una combinación de ambas cosas, y permite a los Estados miembros la libre elección entre estas opciones a la hora de aplicar las disposiciones.» [cfr. Consejo de la Unión Europea, Expediente interinstitucional: 2016/0359 (COD), Bruselas, 24 de mayo de 2018 (OR. en) 9236/18, p. 5].

A pesar de la opinión contraria del CESE y del BCE[955], la DRI mantuvo el enfoque de armonización «de mínimos» de la propuesta. El resultado es un texto que no alcanza el objetivo de unificar los sistemas de exoneración pues deja un margen muy amplio de discrecionalidad a los Estados miembros[956].

La transposición de la DRI al Derecho español se esbozó en el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLC[957] (en adelante, "ALRC"), sometido a consulta pública hasta el 25 de agosto de 2021, y presentado como Proyecto de Ley de reforma del TRLC[958] (en adelante, "PLRC") el 23 de diciembre de 2021 para su tramitación parlamentaria. El texto

[955] En sus conclusiones y recomendaciones el CESE señaló: «Habida cuenta del contenido de la propuesta y de la necesidad de completar las normas del mercado interior, el CESE es favorable a que dicha propuesta adopte la forma de un reglamento y no tema proceder a la mayor armonización posible de los sistemas actuales.» (cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017, p. 21). Por su parte, el BCE indicó en sus observaciones generales que «deben tomarse medidas más ambiciosas para sentar las bases comunes de una armonización sustantiva del derecho concursal de los Estados miembros que garanticen una armonización más amplia a largo plazo y contribuyan al buen funcionamiento de la unión de los mercados de capitales» (cfr. Dictamen del Banco Central Europeo de 7 de junio de 2017 sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (CON/2017/22), DOUE, C 236/2, 21.7.2017, p. 2).

[956] En este sentido, *vid*. BENAVIDES VELASCO, P.: "Algunas reflexiones acerca de la nueva norma comunitaria sobre exoneración de deudas", CARBALLO FIDALGO, M. (Coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Ed. Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 158; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 5; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 32, 2020, pp. 167-177, consultado en Smarteca, p. 3.

[957] Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 4 de agosto de 2021 (disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/participacion-publica-proyectos-normativos/proyectos-real-decreto).

[958] Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (121/000084) (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 84-1, de 14/01/2022).

remitido recibió 607 enmiendas[959], 41 de ellas relativas a la regulación de la segunda oportunidad; y, tras numerosos cambios, fue aprobado el 25 de agosto de 2022, dando lugar a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, más conocida como "Ley de Reforma Concursal" (en adelante, "LRC").

Aunque la DRI no logra el ansiado objetivo de armonización, en ella se establecen tres elementos que modifican de manera fundamental la regulación de la segunda oportunidad en España: (*i*) la inversión de la carga de la prueba de la buena fe del deudor; (*ii*) la exoneración *plena* en un plazo máximo de tres años, que implica que todas las deudas son exonerables, salvo aquellas que la ley señale expresa y justificadamente como no exonerables; y (*iii*) la adaptación del plan de pagos de la deuda que no sea exonerada a la situación individual del deudor. Con ello, la doctrina identificaba un cambio de paradigma en la regulación de la exoneración: su posible reconocimiento como derecho subjetivo del deudor[960]; tal y como se establece en la LRC[961].

La nueva regulación se recoge en el apartado ciento treinta del art. Único de la LRC, que modifica el capítulo II del título XI del libro primero del TRLC (arts. 486-502 TRLC), teniendo en cuenta, además, las especialidades que se aplican en el caso de los empresarios de acuerdo con el nuevo procedimiento especial para microempresas que establece el apartado ciento cincuenta y tres del art. Único de la LRC, que modifica la disposición del Libro Tercero del TRLC, que pasa a ser el Libro Cuarto, e incorpora un nuevo Libro Tercero (arts. 686 a 720 TRLC).

La LRC prescinde del término «beneficio» al regular la exoneración del pasivo insatisfecho[962] y, como hemos adelantado, introduce un nuevo paradigma en la regulación de la segunda oportunidad al «convertir el beneficio de la exoneración de las deudas, cuando concurran determinadas circunstancias, en un *derecho* de la persona natural

[959] *Vid.* Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. A-84-3, de 20/04/2022).

[960] Así lo interpretó SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 5.

[961] Destaca este cambio de paradigma CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, Nº 4, noviembre 2021, p. 38.

[962] *Vid.* Apartado ciento treinta del art. Único de la LRC; si bien, tanto la Exposición de Motivos, como el art. 491 de la LRC, se refieren al «beneficio de la exoneración», entendemos que por error.

deudora»[963]. Con ello se reconoce un derecho subjetivo al deudor a obtener la exoneración de su pasivo insatisfecho –siempre y cuando no se encuentre en alguna de las circunstancias que excepcionan su concesión–, facultando al deudor para oponerse a la acción del acreedor que interesa la satisfacción de su derecho de crédito ex art. 1911 del CC. En absoluto se trata de un «nominalismo vacío de contenido»[964]; la consideración de la exoneración del pasivo insatisfecho como «derecho» tiene trascendencia práctica: no es el deudor quien deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la exoneración –como en el régimen anterior a la reforma–, sino que habrán de ser los acreedores que se opongan a su concesión quienes habrán de acreditar que el deudor se encuentra en alguna de las circunstancias que justifican su denegación (cf. arts. 487-488 TRLC) que, en todo caso, habrán de ser interpretadas de forma restrictiva[965].

La reforma modifica sustancialmente el régimen previsto en el TRLC: cualquier deudor persona natural «de buena fe», empresario o no, puede obtener la exoneración de «la totalidad de las deudas insatisfechas», excepto las expresamente previstas en la ley (cf. art. 489 TRLC), bien (*i*) con sujeción a un plan de pagos de la deuda exonerable, sin previa liquidación de la masa activa; bien (*ii*) tras la previa liquidación de la masa activa si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia del activo para satisfacer los créditos contra la masa (cf. art. 486 TRLC). Las excepciones a la concesión de la exoneración –atendiendo a circunstancias que pudieran excluir la presunta «buena fe» del deudor–, la prohibición de su solicitud reiterada en un determinado periodo, su extensión, sus efectos, su régimen de revocación, y los efectos del pago por terceros de la deuda no exonerable o no exonerada, se regulan como elementos comunes de la exoneración (cf. arts. 487-494 TRLC), a la vez que se disponen ciertas especialidades propias de cada una de las modalidades (cf. arts. 495-500 bis TRLC, para la exoneración con plan de pagos y sin liquidación; y arts. 501-502 TRLC, para la exoneración con liquidación de la masa activa). Además, se elimina el requisito

[963] Cfr. Apartado I del Preámbulo de la LRC.

[964] Así lo entiende FIDALGO GALLARDO, C.: "Un laberinto, un trampantojo… y una trampa. En torno a la reforma de la Segunda Oportunidad con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023", *Diario La Ley*, Nº 10052, Sección Doctrina, 20 de abril de 2022, p. 5.

[965] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2023, p. 6 [en prensa].

del intento del AEP[966] –instituto que desaparece–, y se establecen ciertas especialidades para el caso de que el deudor sea una persona natural empresario al cual le resulte de aplicación el nuevo procedimiento especial para microempresas (cf. arts. 686-720 TRLC).

La reforma del régimen de segunda oportunidad conforme a la LRC supone una evidente mejora[967] que no podemos dejar de aplaudir. Sin embargo, del análisis en detalle de la nueva regulación –adelantamos– se concluye que el régimen sigue sin fomentar suficientemente el préstamo responsable.

[966] La interpretación de lo que debía considerarse un «intento» por parte del deudor para alcanzar un AEP resultó problemática durante años (sobre esta cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2015, pp. 242-243; AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Nº 26, 2017, pp. 359-364, consultado en Smarteca, p. 3). El TS abordó la cuestión en sus sentencias 150/2019, de 13 de marzo (STS 897/2019 - ECLI:ES:TS:2019:897) y 383/2020, de 1 de julio (STS 2071/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2071). A esta dificultad se sumaba la propia del nombramiento de mediador concursal en los AEP por el sistemático rechazo de los nombramientos; tan destacable que entre las medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia se estableció que, hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, el AEP se consideraría intentado sin éxito cuando se acreditasen dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado [*vid.* Art. 12 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020), proveniente de la convalidación del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril (BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020); de conformidad con su redacción dada por la disposición final 7.8 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo (BOE núm. 62, de 13/03/2021)]. Esta medida no hacía más que normalizar el criterio seguido en algunos Juzgados Mercantiles y Audiencias Provinciales de considerar intentado el AEP cuando la solicitud hubiese sido admitida y no se hubiera aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor [*vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016", ob. cit., p. 3; entre las múltiples resoluciones judiciales en este sentido, *vid.* Autos de la AP Barcelona, secc. 15, 188/2018, de 27 de diciembre (AAP B 7928/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7928A), 12/2019, de 31 de enero (AAP B 227/2019 - ECLI:ES:APB:2019:227ª), 66/2020, de 4 de mayo (AAP B 2847/2020 - ECLI:ES:APB:2020:2847A), 64/2020, 27 de abril (AAP B 2962/2020 - ECLI:ES:APB:2020:2962A), 165/2020, de 12 de noviembre (AAP B 10034/2020 - ECLI:ES:APB:2020:10034A) y Auto de la AP Tarragona, secc. 1, 231/2018, de 8 de noviembre (AAP T 1335/2018 - ECLI:ES:APT:2018:1335A); en contra, *vid.* AAP de Cádiz, secc. 5, 49/2019, de 11 de febrero (Roj: AAP CA 94/2019 - ECLI: ES:APCA:2019:94A)]. También la DGRN, en su Resolución de 14 de mayo de 2019, adoptó el criterio de considerar intentado el AEP, a los efectos de que el deudor pueda instar el concurso consecutivo, «si transcurre el plazo de 2 meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ningunos de los mediadores designados» (disponible en: https://insolvenia.es/wp-content/uploads/2019/06/RES-DGRN-14-de-mayo-de-2019-1.pdf). En último término, estas medidas constataban el mal funcionamiento de los AEP, que no eran un instrumento eficaz para fomentar la salida convencional de la crisis en el marco de la segunda oportunidad [en este sentido, *vid*. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 750].

[967] En contra, *vid.* FIDALGO GALLARDO, C.: "Un laberinto, un trampantojo… y una trampa. En torno a la reforma de la Segunda Oportunidad con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., pp. 1-13.

CAPÍTULO VI: EL CARÁCTER RESTRICTIVO DEL RÉGIMEN CONCURSAL DE SEGUNDA OPORTUNIDAD COMO FRENO AL FOMENTO DEL PRÉSTAMO RESPONSABLE

1. Ámbito y presupuesto subjetivo de la exoneración: el derecho a la segunda oportunidad del deudor de buena fe

1.1. La exoneración del deudor persona física empresario o consumidor

El régimen de exoneración del pasivo insatisfecho resulta de aplicación a todas las personas físicas insolventes[968], tanto si son empresarios como si son consumidores (cf. art. 486 TRLC), y presupone que el deudor ha sometido su situación de insolvencia actual o inminente (cf. art. 2.3 TRLC[969]) al procedimiento concursal general, o al procedimiento especial para microempresas (cf. arts. 700 y 715 TRLC).

La LRC mantiene, por tanto, el ámbito subjetivo de la exoneración previsto en el TRLC y antes en la LC conforme a la LEI y a la LSOP. Con ello, la regulación española sigue la recomendación de la DRI[970] que, si bien excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos en los que los deudores sean «personas físicas que no tengan la condición

[968] La exoneración del pasivo insatisfecho está prevista para el deudor insolvente concursado, y no se extiende a deudores cuyo sobreendeudamiento no pueda equipararse con la «insolvencia inminente» que constituye el presupuesto objetivo del concurso de acreedores (sobre la definición de «sobreendeudamiento», *vid.* Capítulo 1, epígrafe 4.1). A este respecto, señala la LRC que «se ha considerado oportuno seguir brindando la segunda oportunidad solo al deudor insolvente, sin extenderlo a deudores apenas aquejados, de momento, de sobreendeudamiento.» (cfr. Apartado IV del Preámbulo de la LRC).

[969] El apartado 3 del art. 2 del TRLC, en su redacción dada por el apartado dos del art. Único de la LRC, establece: «3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.».

[970] Así lo señala el apartado IV del Preámbulo de la LRC: «Aunque la Directiva no lo impone, sí aconseja, y de hecho se ha optado, por mantener la regulación de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores).».

de empresario», no sólo permite –en contra de la opinión del CESE[971]– que los Estados miembros amplíen la aplicación de los procedimientos para la exoneración de las deudas «a personas físicas insolventes que no sean empresarios» [cf. arts. 1.2.h) y 1.4 DRI], sino que lo aconseja[972].

La extensión del ámbito subjetivo de la exoneración a todas las personas físicas por la LRC facilita que los consumidores puedan obtener la exoneración de las deudas empresariales[973]. La DRI distingue entre empresario y consumidor, pero no entre pasivo doméstico y pasivo empresarial; y, dadas las dificultades en algunos casos para separar el pasivo personal del empresarial[974], el art. 24.1 de la DRI establece la posibilidad de que los empresarios insolventes puedan obtener la exoneración de sus deudas tanto profesionales como personales en un mismo procedimiento o en procedimientos

[971] El CESE señaló: «Por lo que se refiere a la aplicación opcional del sistema propuesto para el procedimiento de condonación de las deudas de los consumidores, el CESE, siguiendo la línea de los numerosos dictámenes adoptados en este ámbito, se opone firmemente a esta posibilidad, que es contraria a las solicitudes que formuló sobre la absoluta necesidad de disponer de un régimen específico para el endeudamiento excesivo de los consumidores.» (cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017, p. 24).

[972] El Considerando 21 de la DRI señala: «El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades. Los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por tales razones, aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas.».

[973] Como se ha apuntado certeramente, piénsese en la responsabilidad que pesa sobre el cónyuge del empresario casado en régimen de gananciales por las deudas empresariales (cf. art. 1.365 CC), o en la de cualquier consumidor que avala a un empresario por las deudas derivadas de la actividad empresarial (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 7).

[974] *Vid.* Considerando 21 de la DRI. Las dificultades para deslindar el patrimonio personal del profesional fueron destacadas por el Banco Mundial (*vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 16), y por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI-UNCITRAL, que señala: «Los intereses de las personas físicas que participan en actividades económicas (entre ellas, las sociedades y los comerciantes individuales) difieren de los de los deudores consumidores, al menos en algunos aspectos de su endeudamiento, pero a menudo es difícil disociar el endeudamiento personal de una persona física de su endeudamiento empresarial a efectos de determinar el régimen de la insolvencia que se aplicará.» (cfr. CNUDMI: *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, ob. cit., p. 47).

separados pero coordinados. Esta opción legislativa resulta sumamente acertada, pero no parece razonable que ese mismo trato no se otorgue a los consumidores para la exoneración de las deudas empresariales, sobre lo cual la DRI no se pronuncia dado su ámbito subjetivo restringido. A la vista de la LRC, debe interpretarse que la nueva regulación permite la exoneración conjunta de deudas personales y profesionales tanto si el deudor es empresario como si es consumidor[975]. Esta interpretación está en línea con la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia[976], en cuyo art. 56 se promueve que los fundadores, propietarios o miembros de una microempresa de responsabilidad ilimitada que sean personalmente responsables de las deudas del deudor, tengan acceso efectivo a la plena exoneración de deudas tras la conclusión de un procedimiento de liquidación.

Un régimen común de la insolvencia de la persona física –empresaria o no– responde de manera más adecuada a la finalidad última del régimen de insolvencia personal de evitar la exclusión social del deudor[977]; y, además, facilita la tramitación de los procedimientos en los casos en que ambas condiciones aparecen entremezcladas. Precisamente por este motivo, resulta acertado[978] que la reforma del TRLC para transposición de la DRI unifique el tratamiento procesal de los concursos de persona

[975] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 45. Como se ha señalado, de acuerdo con el art. 24 de la DRI, «Lo que es contrario a la DRI es diseñar un régimen de exoneración del pasivo insatisfecho para empresarios que sólo afecte a deuda empresarial» (cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 7).

[976] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, Bruselas, 7.12.2022, COM(2022) 702 final.

[977] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 15. Así lo destacan CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «Hay un *elemento humano* que se encuentra presente en este tipo de insolvencias que hace que el principio fundamental básico que inspira toda la regulación concursal, que es la satisfacción de los derechos de los acreedores, se tenga que compatibilizar con la rehabilitación y recuperación del deudor.» (cfr. *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, p. 57).

[978] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 8.

física[979], anteriormente disociado en función de la condición de consumidor o empresario del deudor, teniendo los Juzgados de lo Mercantil la competencia para el conocimiento sobre los primeros (art. 86 ter LOPJ), y los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento sobre los segundos (cf. art. 85.6 LOPJ)[980]. Este reparto, además de generar numerosos conflictos de competencia en torno al concepto de empresario, especialmente en el caso de concursos conexos, contraviene el criterio establecido en el art. 25.a) de la DRI, pues lo cierto es que los Juzgados de Primera instancia carecen de la especialización en materia concursal que se requiere para la correcta tramitación de los procedimientos[981].

1.2. La buena fe del deudor

1.2.1. Antecedentes normativos

El presupuesto subjetivo para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho es la buena fe del deudor. Se trata de la exigencia sobre la que pivota toda la regulación y, por ello, su desarrollo debe ser riguroso si no se quiere desvirtuar la concesión de la segunda

[979] *Vid.* Apartado 2 del Preámbulo y apartado Dieciséis del art. Único de la LRC, que modifica el art. 44 del TRLC para unificar la competencia de los Juzgados de lo mercantil en materia de concurso de acreedores, cualquiera que sea la condición civil o mercantil del deudor. Asimismo, *vid.* Apartado Siete del art. Único de la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2022).

[980] Cf. Art. Veintidós de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22/07/2015).

[981] Como se puso de manifiesto en su día (*vid.* CUENA CASAS, M.: "Segunda oportunidad. Novedades de última hora", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 63, septiembre-octubre 2015), frente a este cambio desafortunado, la reforma debía haberse encaminado a reforzar los medios de los Juzgados de lo Mercantil. Además, este reparto competencial dificultaba la tramitación de los concursos en los cuales existe confusión de deudas derivadas del consumo y deudas nacidas de la actividad empresarial o profesional (*v.gr.* casos de responsabilidad limitada imperfecta; cónyuges avalistas del empresario persona física, etc.). Por lo demás, el art. 85.6 de la LOPJ parecía remitirse al concepto de empresario previsto en el art. 638.4 del TRLC en el marco del régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos –derogado por la LRC–, tan amplio que engloba incluso a quienes tengan un empleado del hogar dado de alta en la Seguridad Social, de modo que parece excluir únicamente a los trabajadores por cuenta ajena (*vid.* CUENA CASAS, M., ob. Cit.).

oportunidad y, a la postre, generar un efecto negativo en la cultura de pago[982]. Por este motivo, es precisamente en la regulación de la buena fe donde se aprecia una mayor evolución normativa desde la introducción de la segunda oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Generalmente, se identifica al «deudor de buena fe» con aquel que sufre un sobreendeudamiento pasivo, debido a circunstancias imprevisibles e inevitables. Así se entendió en España en los trabajos que precedieron la regulación de la segunda oportunidad[983], y posteriormente se trasladó a la normativa[984]. También a nivel comunitario se manejaba este concepto de deudor de buena fe, equiparándolo al deudor

[982] Sobre este aspecto ha incidido la Comisión Europea [*vid*. COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE)] y también la doctrina (*vid*., entre otros muchos, PULGAR EZQUERRA, J. "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", ob. cit., p. 16; CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 3). No obstante, se ha destacado igualmente que se debe evitar la restricción de la segunda oportunidad con el objetivo de evitar el fraude, pues se ha demostrado que la presencia de este es inferior de lo que se pensaba. Así lo destaca KILBORN, J. J.: « The hunt for chimerical "abuse" or "dishonesty" or "bad faith" should be properly restrained, however, and it should not interfere with the delivery of needed relief to the overwhelming majority of honest debtors. It has finally become something of a truism in insolvency policy discussion that the perception of supposed "abuse" is far greater than its actual presence, which has been shown to be vanishingly small.201 It is extraordinarily inefficient to deploy resources in every case in a search for the few instances of debtor fraud that might be discovered. » (cfr. "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., p. 602).

[983] *Vid.* Informe del Consejo Económico y Social español "Los derechos del consumidor y la transparencia de mercado", 17 de febrero de 1999, p. 73: «El CES considera que en España no debería descartarse la posibilidad de estudiar la implantación de un sistema para solucionar los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores de buena fe, en todo caso para casos excepcionales que hayan ocasionado la imposibilidad de pagar del consumidor. Tales casos podrían ser aquellos en que el consumidor hubiera quedado en paro, hubiera sufrido alguna enfermedad importante, o cualquier otra circunstancia transcendente que hubiera cambiado su vida desde el punto de vista económico y sin culpa alguna por su parte. La regulación francesa podría ser útil en cuanto a sus principios fundamentales. Esto es, la idea de una Comisión de Mediación, que en España podría vincularse a las juntas arbitrales de consumo, con la posibilidad de hacer propuestas al juez, para que este resolviera tras un procedimiento abreviado.». Por su parte, el Defensor del Pueblo recomendó la «Elaboración del concepto jurídico del deudor de buena fe, en la medida en que las circunstancias económicas han llevado a personas que han actuado de buena fe a convertirse en deudores sin capacidad económica» (cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2013, p. 19).

[984] *Vid.* Preámbulo de la LSOP: «Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos.».

cuya insolvencia no se ha debido a un sobreendeudamiento activo negligente o doloso[985]. Sin embargo, la DRI no armoniza la definición de «deudor de buena fe», como veremos.

La LSOP recogió un concepto de buena fe normativo, no valorativo[986], y autónomo, fijado a partir del cumplimiento de unos requisitos formales y materiales propios del procedimiento concursal e independiente de las reglas generales sobre la buena fe (art. 7.1 CC)[987], estableciendo una lista cerrada de criterios para apreciarla. Este concepto se trasladó posteriormente al TRLC (cf. art. 487.1 TRLC). Ello implicaba un margen de apreciación muy limitado por parte del juez, que fue criticado por la doctrina[988]. Si bien la normativización de los criterios para identificar a los deudores de buena fe pretendía asegurar que solo estos se beneficiasen de la excepción del principio de responsabilidad

[985] En este sentido, la Comisión Europea ha definido las «quiebras honestas» como aquellas en las que el fracaso de la empresa no se ha debido a falta alguna del propietario o del administrador, es decir, no ha concurrido dolo y han sido transparentes, al contrario que las quiebras fraudulentas o irresponsables [*vid.* COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: "Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", 12 de diciembre de 2012 [COM (2012) 742 final], p. 6]. Si bien se habla de insolvencia empresarial, creemos que esta idea es extrapolable al caso de cualquier persona física insolvente, empresario o consumidor.

[986] En este sentido, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", ob. cit., p. 18; CARRASCO PEREA, A.: «El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 13/2015, p. 4; SANJUÁN Y MUÑOZ, E., que sostiene «el deudor de buena fe solo podrá ser el deudor que cumpla con los requisitos que prevé la citada disposición y no otro.», si bien entiende que «No estamos ante un concepto delimitado de buena fe sino ante un concepto delimitado de "persona o empresario honestos" (…).» (cfr. "El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad", SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (ed. lit.) / OLMEDO CARDENETE, M. D. (ed. lit.), *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 780); BASTANTE GRANELL, V.: *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., p. 230; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 104; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 3.

[987] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación.", ob. cit., p. 726; SANCHO GARGALLO, I.: "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº. 5, 2022, pp. 34; 38. En este sentido se ha pronunciado el Pleno de la Sala de lo Civil del TS en su sentencia 381/2019, de 2 de julio (STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253): «Por lo tanto, la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC.».

[988] *Vid.* CARRASCO PERERA, A.: «El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», ob. cit., p. 5; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015, p. 106; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 25, 2016, p. 42.

patrimonial universal[989], y que tal identificación se hiciese garantizando unos mínimos de seguridad jurídica, lo cierto es que hay situaciones en las cuales resulta esencial reconocer al juez un margen de apreciación que le permita evaluar si el deudor puede considerarse «honesto pero desafortunado» atendiendo a las circunstancias del caso[990]. La norma ha evolucionado en este sentido, como veremos a continuación.

Frente a la vaguedad de la definición de la buena fe del art. 178.2 de la LC de acuerdo con la LEI, la LSOP dispuso una regulación de la buena fe en el art. 178 bis.3 de la LC, inspirada en algunos aspectos en los modelos alemán y portugués[991], que resultaba criticable, pues mezclaba la apreciación de la actitud del deudor con su capacidad de pago y –lo que es más grave– con la opción de exoneración que el deudor escogiese. La segunda oportunidad debe ser merecida por el deudor con base en los motivos que le han llevado a la insolvencia y su actuación a lo largo del concurso, y no en otras consideraciones –como la capacidad de pago[992]– que eventualmente pudieran constituir presupuestos para acceder a ella[993]. Además, ampliaba los requisitos acreditativos de la buena fe para el caso de que el deudor no pudiese abonar el umbral de pasivo directamente y lo hiciese de acuerdo con un plan de pagos (art. 178 bis.3. 4º de la LC).

---

[989] Como afirma BASTANTE GRANELL, V., «En definitiva, el concepto de «deudor de buena fe» ha sido la llave jurídica capaz de matizar el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) y permitir la entrada de la legislación sobre segunda oportunidad.» (cfr. *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., p. 245).

[990] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: *Proyecto del "Procedimiento Best" sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo*, Informe Final del Grupo de Expertos, Dirección General de Empresa, septiembre de 2003, pp. 24-27. *Vid*. CUENA CASAS, M: "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", ob. cit., p. 148. En este sentido, BASTANTE GRANELL, V. reconoce que «Una enumeración tasada de los supuestos que denotan buena fe da estabilidad, certeza en la aplicación de la norma; pero, a su vez, provoca cierta fosilización o estancamiento a la hora de valorar otras situaciones o de ponderar la mala fe del deudor.», por lo que aboga por «fomentar un concepto abierto y finalista de buena fe cuando existan situaciones contrarias al fundamento ético de la norma» (cfr. *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., pp. 231-232, 246).

[991] *Vid.* BASTANTE GRANELL, V.: *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., p. 244.

[992] Como se señaló en los debates parlamentarios del Congreso de Estados Unidos para la aprobación de la Bankruptcy Act de 1 de julio de 1898, «The granting of a discharge is justified by a wise public policy. The granting or withholding of it is dependent upon the honesty of the man, not upon the value of his state» (cfr. H.R. Rep. Núm. 1228, 54th Cong, 1st Sess.); tal y como recoge CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 17, nota 83.

[993] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 3; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 49-84, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

El TRLC dispuso una nueva sistemática que afectó de manera notable a la interpretación del régimen legal y aclaró esta cuestión. El art. 487.2 del TRLC estableció únicamente dos requisitos para apreciar la buena fe del deudor[994], volviendo con ello al criterio inicialmente previsto en la LEI. Cumplido el presupuesto subjetivo, el deudor debía cumplir el presupuesto objetivo de abono de un umbral de pasivo en el procedimiento –conforme al régimen general–, o de forma diferida, de acuerdo con un plan de pagos –conforme al régimen especial–. Para poder acogerse al régimen especial, el art. 493.2 del TRLC seguía exigiendo el cumplimiento de los requisitos adicionales[995] previstos en la LSOP que –aunque la norma no lo expresase– denotaban la buena fe del deudor[996]. El planteamiento era censurable pues, tratándose de requisitos que permiten apreciar la buena fe del deudor, debían exigirse a *todo* deudor, no sólo a aquellos que se sometían a un plan de pagos[997]. El TRLC mantenía en este sentido la confusión presente en la LSOP entre lo que son propiamente requisitos de *actitud* para apreciar la buena fe del deudor, y las modalidades de exoneración en función de su *capacidad de pago*.

1.2.2. El concepto de buena fe

La LRC no incluye una definición de la «buena fe», sino que «establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas

[994] El apartado 2 del art. 487 del TRLC establece: «2. A estos efectos, se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. 2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.».

[995] El art. 493 del TRLC original establecía: «Aunque el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada, si cumpliera los siguientes requisitos: 1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. 2.º No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. 3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.».

[996] *Vid* BASTANTE GRANELL, V.: *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., p. 245. *Vid.* CUENA CASAS, M., quien entiende que estos «requisitos adicionales» se desgajan correctamente del concepto de buena fe (*vid.* "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 12).

[997] En el mismo sentido, *vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", ob. cit., p. 510.

que se relacionan taxativamente (*numerus clausus*), sin apelación a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción, o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor.»[998]. De este modo, todo deudor es considerado de buena fe y, por ello, tiene derecho a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (cf. art. 486 TRLC), salvo que se encuentren en alguna de las circunstancias previstas en el art. 487 del TRLC. Podría decirse, por tanto, que la LRC mantiene un concepto de buena fe normativo y autónomo –propio de la exoneración del pasivo insatisfecho–[999].

No obstante, como veremos, la LRC ha introducido ciertos elementos valorativos en línea con la DRI. La DRI no establece un concepto de «buena fe», sino que se remite a la normativa de cada Estado miembro, y se limita a señalar ciertos elementos a título ejemplificativo (cf. Considerando 79 y el art. 23.1 DRI) que pueden tenerse en cuenta al diseñar el sistema[1000]. Con base en este planteamiento, la doctrina señaló que la transposición de la DRI admitiría un concepto valorativo y no normativo de la buena fe[1001], que quedaría delimitado por la jurisprudencia en el marco de los criterios señalados por la DRI, y garantizaría no sólo los mínimos de seguridad jurídica que ya preserva el régimen del TRLC, sino un estándar mayor de justicia, al otorgar al juez un valioso margen de apreciación de las situaciones de mala fe que ni son delictivas ni implican la

[998] Cfr. Apartado IV del Preámbulo de la LRC.

[999] *Vid.* SANCHO GARGALLO, I.: "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 41; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.; TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

[1000] El Considerando 79 de la DRI establece: «Al determinar si un deudor fue deshonesto, las autoridades judiciales o administrativas pueden tener en cuenta circunstancias como las siguientes: la naturaleza y el importe de la deuda; el momento en que se ha contraído la deuda; los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda y cumplir con las obligaciones legales, incluidos los requisitos para la concesión de licencias públicas y la exigencia de llevar una contabilidad correcta; las actuaciones, por parte del empresario, para frustrar las pretensiones de los acreedores; el cumplimiento de las obligaciones en caso de insolvencia inminente que incumben a los empresarios que sean administradores sociales de una sociedad; el cumplimiento de la normativa de la Unión y nacional en materia de competencia y en materia laboral. También deben poder establecerse tales excepciones cuando el empresario no haya cumplido determinadas obligaciones jurídicas, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores, que podría adoptar la forma de una obligación general de generar ingresos o activos. Asimismo, deben poder establecerse excepciones específicas cuando sea necesario garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores, por ejemplo cuando el acreedor sea una persona física que necesita más protección que el deudor.».

[1001] En el mismo sentido, *vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 5.

declaración culpable del concurso[1002]. El ejemplo paradigmático de modelo valorativo de la buena fe lo encontramos en el ordenamiento francés[1003].

Si bien la LRC no introduce un concepto valorativo de la buena fe, como se esperaba, sí incluye ciertos criterios valorativos que permiten apreciar un modelo mixto, normativo y valorativo[1004].

1.2.3. La presunción de la buena fe

Hasta ahora, la prueba de los requisitos para apreciar la buena fe correspondía al deudor, y es ahí donde la DRI introduce un cambio relevante para el sistema vigente. Como hemos avanzado, la DRI parece partir del planteamiento de que todo empresario tiene derecho a obtener la exoneración, y que su denegación, o su concesión en un plazo más largo, debe ser excepcional[1005] (cf. art. 23 DRI); lo que en la práctica se traduce en una inversión de la carga de la prueba, tal y como sugiere el Considerando 78 de la DRI[1006]. Este planteamiento, recomendado por la doctrina[1007], facilita el acceso a la

[1002] En esta línea, la CNUDMI-UNCITRAL señalaba que «podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder que llegue a tener carácter delictivo» (cfr. CNUDMI: *Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, ob. cit., p. 333. Celebra este planteamiento CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 20.

[1003] *Vid.* BASTANTE GRANELL, V.: *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español*, Ed. Reus, 2020, pp. 71-171.

[1004] Así lo califica CUENA CASAS, M. [*vid.* "Artículo 486. Ámbito de aplicación", ob. cit., p. 20 [en prensa]], quien había defendido este sistema (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 90). También utiliza este término TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[1005] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 19.

[1006] El Considerando 78 de la DRI dispone: «En los casos en que los empresarios no disfruten de una presunción de honestidad y buena fe en virtud del Derecho nacional, la carga de la prueba de su honestidad y buena fe no debe dificultarles innecesariamente iniciar el procedimiento ni hacerlo costoso.».

[1007] *Vid.* HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", ob. cit., p. 224; KILBORN, J. J.: "Expert recommendations and the evolution of European best practices for the treatment of overindebtedness, 1984-2010", ob. cit., p. 28; LONDON ECONOMICS: *Study on means to protect consumers in financial difficulty: Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages, and restrictions on debt collection abusive practices*, Final Report, Contract Nº MARKT/2011/023/B2/ST/FC, Financial Services Users Group (FSUG), Commission of the European Communities, Directorate-General Internal Market and Services, London, 2012, p. 190.

segunda oportunidad y resulta digno de aplauso[1008], pues permite conservar un estándar de buena fe riguroso sin que ello implique una tarea probatoria ardua para el deudor.

En esta línea, la LRC establece que el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración «siempre que sea deudor de buena fe» (cf. art. 486 TRLC) pero, a diferencia de la normativa vigente hasta ahora, la norma no establece los requisitos que debe reunir el deudor para ser considerado de buena fe, sino que relaciona una serie de circunstancias en las cuales el deudor «no podrá obtener la exoneración» bajo la rúbrica de «excepción» –se entiende, al «derecho» a la exoneración– (cf. art. 487 TRLC). Por tanto, el estándar de buena fe queda delimitado con carácter normativo mediante un *numerus clausus* de conductas objetivas que motivan la «excepción» para la concesión de la exoneración al deudor generalmente considerado de buena fe. Se produce la inversión de la carga de la prueba planteada en la DRI: todo deudor será considerado de buena fe, salvo que, por excepción, se acredite alguna de las circunstancias previstas en la norma. No se establece un «sistema de exoneración por mérito», pues no se define un «estándar de buena fe»[1009]; sino que se excepciona la concesión de la exoneración en ciertas circunstancias. Habida cuenta de la literalidad del art. 486 de la LRC, creo que sería técnicamente más correcto que el art. 487 del TRLC dispusiese que «*No tendrá la consideración de deudor de buena fe para la* exoneración del pasivo insatisfecho el deudor que se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes»[1010].

[1008] El CESE, sin embargo, instó a que la DRI definiese los criterios para considerar «honrados» a los empresarios beneficiarios de la exoneración para evitar los «procedimientos de insolvencia tácticos» que perjudiquen a los trabajadores [*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017, p. 24)].

[1009] El apartado IV del Preámbulo de la LRC erróneamente lo define de esta forma en contraposición al sistema del TRLC según la LSOP, que condicionaba la obtención de la exoneración no solo a que el deudor sea considerado de buena fe, sino al abono de un determinado umbral de pasivo.

[1010] Así lo propuso en la tramitación parlamentaria del PLRC el Grupo Parlamentario Plural en su enmienda núm.136, y Grupo Parlamentario Plural en su enmienda núm. 286, señalando como nueva redacción del art. 487.1: «*No tendrá la consideración de deudor de buena fe* el que se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes». *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022; de acuerdo con CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 48.

En todo caso, el cambio mejora el sistema planteado en la LSOP y previsto en la redacción original del TRLC, y lo hace menos restrictivo en beneficio del deudor[1011], sobre quien no pesa la prueba diabólica de su buena fe. A su vez, creo que se mantiene el rigor que requiere la excepción del principio de responsabilidad patrimonial universal a fin de no perjudicar la cultura de pago.

1.2.4. La excepción del derecho a la exoneración

De acuerdo con la LRC, el art. 487 del TRLC establece la «excepción» a la exoneración. El sistema pretende reflejar el planteamiento de la DRI –incluso mantiene en el art. 487 la rúbrica del art. 23 de la DRI–, pero con algunos matices que conviene destacar.

Dada la inversión de la carga de la prueba, el deudor no tiene que acreditar que no concurren estas circunstancias[1012], sino que habrán de ser los acreedores que se opongan a la concesión de la exoneración o el juez de oficio quienes habrán de acreditar que tales circunstancias concurren (cf. arts. 498 y 502 TRLC); y no los «presupuestos y requisitos»

[1011] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 47.

[1012] En este sentido, afirman CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «Por tanto, el derecho a ver exonerado el pasivo insatisfecho corresponde a cualquier deudor persona física que manifieste que es deudor de buena fe, sin necesidad de asumir la carga de la prueba, sólo con la mera manifestación.» (*La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, p. 59). En contra, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S., quien considera que no existe inversión de la carga de la prueba, sino que «El deudor tiene la carga de demostrar los hechos constitutivos, o lo que es igual, que no concurre en él ninguno de los hitos del artículo 487 del texto refundido de la Ley Concursal.» (cfr. "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas).

para obtener la exoneración[1013]. Ahí radica la diferencia del sistema de la LRC con el anterior a la reforma, y se trata de un cambio sustancial[1014].

Por ello, no tiene sentido que el art. 501.3 del PLRC señale que el deudor que solicite la exoneración previa liquidación de la masa activa deba manifestar «que no está incurso en ninguna de las causas establecidas en esta ley que impiden obtener la exoneración». Una interpretación lógica y sistemática llevaría a pensar que el precepto se refiere a las prohibiciones señaladas en el art. 488 del TRLC (haber transcurrido al menos, dos años desde la exoneración definitiva tras una exoneración sujeta a plan de pagos, o cinco años desde la resolución que hubiera concedido la exoneración tras liquidación de la masa activa). Así se establecía expresamente en el ALRC[1015], y creo que debería haberse mantenido en la LRC. El cambio de redacción invita a pensar que es el deudor quien debe acreditar que no concurren las circunstancias del art. 487 del TRLC, lo que vulneraría la inversión de la carga de la prueba promovida por la DRI. Tampoco tiene sentido que no se aplique el mismo requisito a la solicitud del deudor que opta por la exoneración con sujeción a un plan de pagos (cf. art. 495 TRLC).

Entrando en el detalle de la excepción prevista en el art. 487 del TRLC, algunas de las circunstancias que en él se enumeran se mantienen conforme estaban previstas como excluyentes de la buena fe en la LSOP y la redacción original del TRLC. Es el caso de la

[1013] La literalidad de los preceptos que regulan la oposición a la exoneración es confusa, pues mantienen la dicción del TRLC en su redacción original y aluden al cumplimiento «de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley» por parte del deudor. Así, el art. 498 del TRLC en su redacción dada por la LRC señala en su apartado 1 que el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la propuesta de plan de pagos a los acreedores para que «en relación con la concurrencia de los *presupuestos y requisitos legales para la exoneración*». Igualmente, en su apartado 2, establece que presentadas las alegaciones de los acreedores, o transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior del precepto, «el juez, *previa verificación de la concurrencia de los requisitos establecidos en esta ley*», concederá en su caso provisionalmente la exoneración del pasivo insatisfecho. También en el caso de exoneración con liquidación de la masa activa el art. 502 del TRLC dispone en su apartado 1 que «Si la administración concursal y los acreedores personados mostraran conformidad a la solicitud del deudor o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, *previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos* establecidos en esta ley, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso.», y añade en su apartado 2 que «La oposición sólo podrá fundarse en la *falta de alguno de los presupuestos y requisitos* establecidos en esta ley. La oposición se sustanciará por el trámite del incidente concursal.».

[1014] En contra, *vid.* FIDALGO GALLARDO, C.: "Un laberinto, un trampantojo… y una trampa. En torno a la reforma de la Segunda Oportunidad con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 7.

[1015] El art. 501.3 del TRLC en su redacción dada por el ALRC señalaba: «En la solicitud el concursado deberá manifestar que no está incurso en prohibición legal, y acompañar las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud que se hubieran presentado o debido presentarse.».

condena en sentencia firme al deudor, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, que tengan una pena máxima igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito[1016] (cf. art. 487.1. 1º TRLC[1017]). Se trata de una cuestión que podríamos llamar «de mínimos»: se restringe la concesión de la exoneración a deudores «honestos», a los cuales no se les pueda reprochar que, en el transcurso de un determinado periodo de tiempo previo a la insolvencia (que cabría interpretar como «antecedente» de la misma), hayan incurrido en conductas graves reprochables y punibles penalmente relacionadas con su gestión patrimonial[1018]. Así lo preveía también el art. 487.2 del TRLC[1019].

[1016] Así se interpretó el art. 178 bis de la LC y el art. 487.2 del TRLC original: para entender cumplido este requisito, debía tenerse por acreditado que el deudor no hubiese sido condenado como responsable criminal (cf. arts. 27 a 29 CP), o bien que se hubiese extinguido la responsabilidad penal (*vid*. AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.).

[1017] En la tramitación parlamentaria del PLRC, la enmienda núm. 62 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) propuso cambiar la referencia a «delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores», por «conductas constitutivas de delitos que hubieran supuesto un actuar de mala fe o deshonesto respecto a los acreedores». Por su parte, la enmienda núm. 136 del Grupo Parlamentario Plural propuso la referencia a «delitos que lleven aparejada pena de privación de libertad superior a tres años, bien por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, aunque lleven aparejada pena inferior…». *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1018] En contra de este planteamiento *vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 7, 2022, p. 285: «(…) se podrá dar el repugnante caso del homicida o el pederasta que acceda al beneficio de la EPI, pese a haber sido condenado a pena privativa de libertad muy superior a tres años. O el no más comprensible supuesto de acceso a la EPI por reo de fraude fiscal, estafa o delitos contra los trabajadores si la pena máxima del delito fuera inferior a tres años.».

[1019] La regulación de este requisito responde a la reforma introducida por el RDL 1/2015, que mejoró la indefinición del art. 178.2 de la LC en su redacción dada por la LEI, haciéndolo más riguroso. El RDL 1/2015 amplió el elenco de delitos que, en la versión anterior, se circunscribían a aquellos relacionados con las insolvencias punibles (art. 260 CP) y a «cualquier otro delito *singularmente relacionado* con el concurso», concepto jurídico indeterminado que generaba problemas interpretativos. Además, concretó el periodo de tiempo en el cual debían revisarse los antecedentes penales del deudor en relación con los delitos indicados en la norma, lo que aporta claridad y precisión al precepto, además de respetar el derecho de aquellos deudores cuya responsabilidad penal se haya extinguido. Así, se limita la revisión a un periodo de tiempo en el que se entiende que la insolvencia se ha gestado, de manera que tales conductas pudieran estar relacionadas con la producción de la propia insolvencia. El periodo establecido resulta coherente con los plazos para la cancelación de los antecedentes penales (cf. art. 136.1 CP). Sin embargo, no hay que perder de vista que el legislador ha elegido el plazo más largo posible (el indicado en caso de penas graves), lo que hace que la regulación sea especialmente estricta (*vid*. BASTANTE GRANELL, V.: El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado, ob. cit., p. 211).

En el PLRC se eliminó la referencia contenida en el ALRC a cualquier otro delito que lleve aparejada pena de privación de libertad superior a tres años[1020]. Con ello se preservaba la función moralizadora del derecho concursal[1021] y la concesión de la exoneración solamente a los «deudores honestos pero desafortunados» en el más exacto sentido de la expresión, y se introducía coherencia en el sistema de segunda oportunidad[1022]. No obstante, entiendo que los antecedentes penales que deben excluir el acceso a la exoneración deben estar relacionados con las causas y circunstancias de la insolvencia o, en cualquier caso, con conductas graves que le hacen desmerecer del

[1020] Criterio que había sido sugerido por FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, ob. cit., p. 240.

[1021] *Vid.* HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", ob. cit., p. 1052.

[1022] Así lo defiende CUENA CASAS, M.: «El cambio me parece razonable. Con la regulación contenida en el vigente art. 487 TRLC, un asesino en serie podía solicitar la exoneración y, sin embargo, el que roba una moto no podía hacerlo. Por eso, atender a la duración de la pena y no sólo al tipo penal me parece razonable.» (cfr. "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 49). En contra, *vid.* JACKSON, T. H, que cuestiona los motivos que subyacen a la excepción de la concesión de la exoneración por determinados comportamientos pasados reprochables y destaca que, si la motivación reside en desincentivar estos comportamientos, la excepción de la exoneración no parece la vía más adecuada (*The logic and limits of Bankruptcy Law*, ob. cit., pp. 274-275).

crédito y la confianza del mercado[1023]. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo[1024], en línea con la previsión contenida en el art. 23.1 de la DRI, que establece como excepción a la exoneración que el deudor «haya actuado de forma deshonesta o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda.»[1025]. Por mucho que ciertas conductas pasadas del deudor pudieran ser del todo aborrecibles, entiendo que las mismas han sido condenadas en sede penal y no deben acarrear una "doble pena" en el ámbito

[1023] En esta línea, *vid.* SANCHO GARGALLO, I.: "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 46; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.

[1024] *Vid.* STS 863/2022, de 1 de diciembre (Roj: STS 4482/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4482) –de la que es ponente Ignacio Sancho Gargallo–, que estima el recurso de casación contra la SAP de Asturias, secc. 1ª, de 17 de enero de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la SJM nº 3 de Oviedo, de 26 de enero de 2018, que denegó el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho solicitado por el concursado. El concursado había sido condenado por un delito menos grave de daños en la propiedad ajena, contra el patrimonio (cf. art. 263 del Código Penal, incluido entre los "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" del título XIII), mediante una sentencia que adquirió firmeza el 4 de febrero de 2014. El concurso de acreedores fue declarado por Auto de 30 de mayo de 2017, de modo que constaba una condena firme por un delito contra el patrimonio en los diez años anteriores a la declaración de concurso, lo que impedía que el concursado pudiera ser considerado de buena fe ex art. art. 178 bis. 3.2º LC. Entiende, sin embargo, el Tribunal Supremo, que «su interpretación, en caso de duda, debe ajustarse a dos parámetros: la propia gravedad del delito y su justificación respecto del efecto de privar de la exoneración del pasivo»; y, a tal efecto, considera: «La previsión legal de que se trate de un deudor de buena fe se objetiva en función de lo que justifica su exigencia: que algo positivo como es permitir una segunda oportunidad al deudor persona natural que deviene insolvente, no sea aprovechado por quien no lo merece al haber actuado en el plano económico de forma fraudulenta o contrariando la buena fe. Y estos comportamientos que hacen desmerecer al deudor de la exoneración de deudas es natural que guarden relación con las causas y circunstancias de la insolvencia de dicho deudor o con otras conductas que le hacen desmerecer del crédito y la confianza del mercado. De tal forma que, aunque al supeditar la consideración de deudor de buena fe, para merecer la exoneración del pasivo insatisfecho, al cumplimiento de una serie de requisitos negativos, la ley trata de evitar o disuadir de ciertos comportamientos, su interpretación debe estar guiada por la finalidad perseguida con la exoneración, y esta a su vez debe atender a un equilibrio entre los intereses afectados: los del propio deudor de volver a operar en el mercado sin la losa de las deudas; los de los acreedores, de no sufrir mayores sacrificios que los necesarios y justificados; y los del mercado, de no propiciar la reinserción de quien defraudó la confianza y el crédito general.». Por ello, concluye el TS que «no cualquier condena por un delito incluido en el título XIII del Código Penal tiene sentido que prive del derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho.»; y alude *obiter dictum* a la interpretación que debe hacerse del art. 487.1.1º TRLC en su redacción dada por la LRC: «Por otra parte, es muy significativo que tras la reforma introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, el art. 487.1.1º TRLC (…), si bien mantiene la referencia a los mismos delitos, apostilla: "todos ellos siempre que la pena máxima señalada al delito sea igual o superior a tres años"; además de ceñirlo a los casos de condena a privación de libertad. Esta mención específica algo obvio que subyacía a la regulación anterior: no cualquier condena por un delito formalmente incluido en la relación legal merecía la privación de la condición de deudor de buena fe, sino cuando el delito tuviera una cierta gravedad, que en el caso de los delitos de daños a la propiedad ajena del art. 263 CP resulta muy relevante, pues excluiría el tipo general del apartado 1 y sí incluiría el tipo agravado del apartado 2, en el que las circunstancias que lo agravan sí hacen desmerecer de la exoneración.».

[1025] En este sentido, TOMÁS TOMÁS, S. reconoce que «la redacción vigente es la que mejor se acomoda al espíritu de la Directiva», a pesar de mostrarse a favor del planteamiento del del ALRC (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas).

socioeconómico, pues ello no se compadece con los objetivos de reinserción propios del derecho penal-penitenciario. Por otra parte, entiendo que la exigencia de haber satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito podría restringir en exceso el acceso a la exoneración a condenados que eventualmente se encuentren plenamente rehabilitados desde el punto de vista penal[1026]. Más adecuado habría sido configurar estas deudas como créditos no exonerables.

Por lo demás, sin perjuicio de la inversión de la carga de la prueba que introduce la LRC, atendiendo a la dificultad probatoria de esta excepción para los acreedores, y para facilitar el cómputo del plazo de 10 años –que, atendiendo a la literalidad de la norma, deben computarse desde la firmeza de la sentencia condenatoria hasta la fecha del auto de declaración de concurso[1027]– se ha considerado que el deudor debe aportar con su solicitud de exoneración el certificado negativo de antecedentes penales[1028].

La LRC amplía el anterior supuesto de excepción a los reproches administrativos. De acuerdo con el art. 487.1. 2º TRLC, no podrá obtener la exoneración el deudor que, en el mismo periodo, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o, cuando se hubiera dictado en el mismo periodo acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad. En el caso de infracciones graves, los deudores que hubiesen sido sancionados por un importe que exceda del 50 por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (cf. art. 489.1. 5º TRLC), no podrán obtener la exoneración salvo que en la fecha de su solicitud hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad.

Con el reconocimiento del reproche administrativo como motivo de excepción de la buena fe del deudor, la LRC no sólo mantiene el blindaje al crédito público en sede de

[1026] En este sentido, *vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., pp. 285-286, que habla de «hipersensibilidad recaudatoria».

[1027] *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.

[1028] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2023, pp. 1-26, p. 14 [en prensa].

extensión de la exoneración, tal y como estaba previsto en la LSOP y en el TRLC[1029], sino que restringe el acceso al sistema[1030]. Aunque la redacción final del precepto limita esta exclusión en función de la gravedad de la infracción y de la cuantía de la sanción –a diferencia del PLRC–, en mi opinión supone una restricción excesiva de la segunda oportunidad[1031], en línea con la estricta definición que –tácitamente– el ALRC asumía de la noción de «deudor honesto pero desafortunado», que parecía implicar una actuación intachable del deudor en el orden público económico. Alternativamente, se podría haber condicionado la exoneración del crédito público –cuya extensión, como veremos, debería ser completa[1032]– a que el deudor no hubiese sido sancionado en dicho periodo por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social[1033]. De esa

[1029] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.3, donde abordamos con detalle la exclusión del crédito público del ámbito objetivo de la exoneración.

[1030] Durante la tramitación parlamentaria, se presentaron numerosas enmiendas al art. 487.1. 2º PLRC El Grupo Parlamentario Ciudadanos propuso su supresión a través de la enmienda núm. 27, señalando: «Se propone suprimir el apartado 2.º del párrafo primero por ser contrario a la Directiva, ya que no podemos entender que concurre en el art. 23,1 de la Directiva, al no ser una infracción tributaria, de seguridad social, del orden social o la derivación de responsabilidad, una actuación que pueda considerarse por sí misma, deshonesta o de mala fe. Tampoco lo consideramos amparado por el art. 23.4 de la Directiva que solo se refiere a sanciones penales o relacionadas con éstas. Las sanciones administrativas por infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social o por derivación de responsabilidad no tienen el carácter penal que la Directiva exige.». Por su parte, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en enmienda núm. 63, propuso solamente la modificación de la redacción del precepto (restringiéndolo a «infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social, o, cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad *por conductas que hubieran supuesto un actuar de mala fe o deshonesto respecto a los acreedores*»), pero señaló que «no se puede olvidar que ya existe un cauce para depurar la responsabilidad en la generación y/o agravación de la insolvencia en el que sí se dan las garantías necesarias: la calificación del concurso, que es el cauce legal adecuado para evitar el abuso de la norma por aquellos deudores que no son merecedores de esa segunda oportunidad», y que « la restricción que propone el Proyecto al acceso al mecanismo por la vía de las sanciones administrativas, infracciones tributarias y derivaciones de responsabilidad es del todo desproporcionada, pues no sólo impide que se exonere al propio crédito público, sino la totalidad de los créditos, y supone desvirtuar el sistema que diseña el legislador y dejaría en manos de parte interesada (Administraciones Públicas) el acceso a la segunda oportunidad.». Con esta misma justificación, el Grupo Parlamentario Plural en sus enmiendas núm.136, 137 y 286, y el Grupo Parlamentario Republicano en su enmienda núm. 224, propusieron la supresión del apartado 2º del art. 487.1 del PLRC. También propuso la supresión del precepto el Grupo Parlamentario Popular en su enmienda núm. 420. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1031] Considera excesiva esta excepción y aboga por su eliminación CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 50. En el mismo sentido, *vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.; *vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 286.

[1032] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.3, donde abordamos la exoneración del crédito público.

[1033] En este sentido, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S. quien, si bien se muestra a favor de esta excepción, considera que debía haberse limitado a la comisión de infracciones muy graves (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas).

forma, se habría mantenido un alto estándar de buena fe, pero sin restringir el acceso a la exoneración de forma excesiva, perjudicando la consecución de sus objetivos.

La LRC incluye acertadamente como motivo de revocación de la exoneración que recaiga sentencia o resolución administrativa firme, dentro de los tres años siguientes a la exoneración, cuando en el momento de la solicitud estuviera en tramitación un procedimiento penal o administrativo de los referidos anteriormente (cf. art. 493.1. 3º TRLC). Con ello se elimina la suspensión de la decisión respecto de la exoneración hasta que recaiga resolución judicial firme, o bien se dicte auto decretando el archivo de las actuaciones[1034], introducida por el RDL 1/2015. En mi opinión, dado el colapso judicial que sufre nuestro país en todas sus jurisdicciones, esta suspensión resultaba innecesaria y gravemente perjudicial para la recuperación del deudor[1035].

La siguiente circunstancia prevista en la LRC como excepción de la concesión de la exoneración es que el concurso hubiese sido declarado culpable[1036], salvo en el caso de que esta calificación se debiese exclusivamente al incumplimiento por el deudor del deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, en cuyo caso el juez podrá atender a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso (cf. art. 487.1. 3º TRLC). Igual previsión contenía el art. 487.2 del TRLC en su redacción original. Con ello se prevé un cierto margen valorativo para el juez del concurso.

[1034] *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015", *El Derecho*, 1 de abril de 2015.

[1035] En el mismo sentido, *vid.* PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 212. También FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., quien además llama la atención sobre las dificultades procesales que puede generar la suspensión por prejudicialidad penal, dado que la misma alzaría el efecto de la declaración de concurso (*vid.* "Artículo 487. Presupuesto subjetivo.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 733). En contra, a favor de la suspensión, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 49. También se muestra contrario TOMÁS TOMÁS, S., quien además apunta que el plazo de revocación en caso de recaer sentencia firme en procesos penales debería ser ilimitado (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas).

[1036] Cf. Arts. 441 y ss. del TRLC, que regulan la calificación del concurso; y los arts. 716 y ss. del TRLC, en su redacción dada por la LRC, que regulan la calificación abreviada del procedimiento especial para microempresas.

Esta excepción presupone su previa valoración en el marco de la sección de calificación que es genuina de nuestro Derecho concursal[1037] y que la LRC mantiene. Para preservar la coherencia del sistema, y dado que se prevé una modalidad de exoneración sin liquidación, la LRC modifica el art. 446 del TRLC para prever la formación de la sección sexta en el mismo decreto en el que ponga fin a la fase común, por lo que siempre tendrá lugar, haya o no liquidación. Por tanto, la exoneración requiere que se haya abierto la sección de calificación o, al menos, que se haya constatado que no existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable, como en el caso de los concursos sin masa *ab initio* o sobrevenida (cf. arts. 37 ter y 473 TRLC)[1038].

Sin embargo, la normativa es imperfecta en este sentido, pues de acuerdo con la LRC, en los casos de concursos sin masa *ab initio* y en la liquidación del procedimiento especial para microempresas (cf. art. 716 TRLC), se deja en manos de los acreedores que lleguen a valorarse las conductas susceptibles de calificación culpable[1039]. Dado que debe entenderse que los parámetros utilizados en sede de calificación para declarar el concurso

[1037] La doctrina ha señalado que el planteamiento valorativo establecido en la DRI podría motivar al legislador a revisar, aprovechando su transposición, si procede o no mantener la sección de calificación, teniendo en cuenta que los supuestos en que el concurso puede ser declarado culpable pueden subsumirse dentro de los criterios que la DRI establece para valorar la buena fe del deudor a los efectos de obtener la exoneración, y que, si bien la sección de calificación otorga al juez cierto margen de apreciación de la conducta del deudor en el marco del dolo o culpa grave, no le permite ningún juicio adicional (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 20). Es partidario de la supresión de la sección de calificación del concurso GURREA MARTÍNEZ, A.: *El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*, ob. cit., pp. 77-82.

[1038] Se entiende que el deudor no se encontrará en este supuesto de excepción, no sólo cuando haya obtenido una sentencia calificando el concurso como fortuito (cf. art. 455 TRLC), sino también cuando el juez hubiese dictado auto ordenando el archivo de las actuaciones por haber coincidido el Ministerio Fiscal y el administrador concursal en la calificación del concurso como fortuito (cf. art. 450.1 TRLC), y cuando la sección de calificación no hubiese sido abierta por haberse acordado la conclusión de concurso por insuficiencia de la masa activa (cf. art. 473 TRLC). Además, habrá de tenerse en cuenta la calificación del concurso en el supuesto de que se hubiera aprobado un convenio gravoso que posteriormente se hubiera incumplido, de manera que, si en ese momento la calificación del concurso fue la de culpable, aunque en la sección reabierta por la apertura de la fase de liquidación se haya declarado fortuito, ello impediría la obtención de la exoneración. *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, ob. cit., pp. 83-84; una interpretación de la normativa anterior a la LRC que mantiene su vigencia.

[1039] El art. 37 ter del TRLC prevé el llamamiento a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe en el que se pronuncie –entre otros extremos– sobre si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable. En la misma línea, el art. 716 del TRLC dispone que, tras la apertura de la liquidación en el procedimiento especial para microempresas, la administración concursal, en caso de que haya sido nombrada, acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo y los socios personalmente responsables de las deudas, podrán solicitar la apertura de la calificación abreviada de manera justificada.

culpable o fortuito forman parte –implícitamente– de los criterios para apreciar la buena fe del deudor a efectos de la concesión de la exoneración del pasivo pendiente[1040], entiendo que la apertura de la sección de calificación debería exigirse siempre que el deudor solicite la exoneración[1041]. Si bien podría considerarse que ello limitaría en cierta medida la virtualidad del planteamiento de la DRI, que permite que el juez del concurso valore en mayor amplitud la actuación del deudor para apreciar su buena o mala fe a los efectos de considerarlo merecedor de la exoneración, lo cierto es que la sección de calificación permite valorar la conducta del deudor, no solo atendiendo a las presunciones de culpabilidad de los arts. 443 y 444 del TRLC, sino con arreglo a la cláusula general de culpabilidad del art. 442 del TRLC, lo que permite calificar el concurso culpable cuando se aprecien hechos reveladores de un sobreendeudamiento activo concurriendo dolo o culpa grave[1042]. Lo que sí limita la concesión de la exoneración es la suspensión del juez de su decisión sobre la exoneración hasta la firmeza de la calificación (cf. art. 487.2 TRLC). Esta suspensión, en mi opinión, debía haberse sustituido por el correspondiente motivo de revocación, al igual que se ha previsto en el caso de la excepción a la exoneración por la comisión de delitos o las infracciones administrativas.

Mención aparte merece la calificación del concurso como culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso (cf. art. 444.1º TRLC). En ese caso, se atribuye discrecionalidad al juez para determinar en qué circunstancias debe concederse la exoneración a pesar de haber sido declarado

[1040] Así lo entiende BASTANTE GRANELL, V., al realizar un exhaustivo análisis de las implicaciones que la calificación del concurso tiene en la valoración de la buena fe del deudor de cara a la concesión de la exoneración (*vid*. *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., pp. 135-210). De esta forma, se entiende que «La exigencia de la buena fe comienza, pues, desde el inicio del procedimiento concursal o, en su caso, de los institutos preconcursales, y permanece hasta que se produce la concesión definitiva de la liberación de deudas, aunque no todos los comportamientos sean sancionables. No obstante, también se valora la buena fe previa al procedimiento. Además, es necesario que su exigencia se mencione de forma expresa, se deduce perfectamente de los deberes y obligaciones impuestos.» (cfr. Ibidem, p. 245).

[1041] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, p. 108.

[1042] Así lo entiende SENENT MARTÍNEZ, S., quien señala que «se establece un único sistema de enjuiciamiento de la conducta del deudor lo que merece un juicio favorable», de tal modo que «comportamientos de sobreendeudamiento activo del deudor (…) deberán ser examinados a la luz de la cláusula general de culpabilidad del art. 442 [TRLC]» (cfr. "Conclusión y reapertura del concurso", ob. cit., p. 507).

concurso culpable[1043]. Esta excepción, presente en el art. 178 bis.3. 1º de la LC y fruto de varias enmiendas al Proyecto de LSOP[1044], se ha justificado como régimen transitorio para permitir la exoneración a aquellos deudores que habían instado el concurso antes de introducirse el régimen de segunda oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico y que, por tanto, carecían de ese incentivo para solicitar el concurso oportunamente[1045]. Sin embargo, fue criticada por la doctrina, no sólo por la excesiva generosidad con la conducta del deudor, sino también porque la alusión a que «no se apreciare dolo o culpa grave del deudor» en el retraso en la solicitud de concurso (cf. art. 178 bis.3. 1º *in fine* LC) generaba problemas interpretativos dado que no cabe la declaración de concurso culpable sin que concurra dolo o culpa grave del deudor[1046], lo que se aclaró con la redacción original del TRLC al eliminar la referencia al dolo o culpa grave del deudor. En cualquier caso, la norma no prevé los criterios que deben servir al juez para realizar esta valoración, y se da acceso a la exoneración a deudores que pudieran haber incurrido en este supuesto de culpabilidad del concurso, lo cual resulta criticable. Solicitar el concurso a tiempo es lo mínimo que un deudor diligente debe hacer para minimizar los daños que su insolvencia pueda ocasionar a sus acreedores. Este planteamiento, que peca de laxitud con la conducta del deudor, se mantiene en la LRC. Si el incumplimiento en solicitar la declaración de concurso resultaba excusable o no causó ni agravó la

[1043] Señalan PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F. que la norma podría referirse a los supuestos de retraso en la solicitud que deba presentar el notario o mediador cuando haya fracasado el intento de alcanzar un AEP (cf. art. 705 TRLC en su redacción original), y a ello se referiría el precepto con la expresión «atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso» (*vid. La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 211). Entiendo, sin embargo, que una interpretación literal y sistemática de los arts. 5, 444 y 487.2. 1º TRLC en su redacción original obligaba a descartar tal interpretación doctrinal, y ello se confirma al mantener esta previsión la LRC, que elimina el AEP.

[1044] *Vid.* Enmiendas núm. 37 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, y núm. 81 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-2, de 10/06/2015, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-137-2.PDF.

[1045] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 487. Presupuesto subjetivo.", ob. cit., p. 730.

[1046] Así lo destacaba CUENA CASAS, M.: «Si se declaró culpable el concurso por tal causa lo habrá hecho el propio juez y precisamente porque concurre dolo o culpa grave. Por lo tanto, una de dos: o no declara el concurso culpable por su declaración tardía porque falta dolo o culpa grave o, si lo hace, no podría otorgar la exoneración porque se presupone que han concurrido tales factores de atribución. El cambio de criterio respecto del texto del Real Decreto-ley 1/2015 no es tan relevante como aparentemente pudiera parecer. Me permito aventurar lo que sucederá: pocos concursos serán declarados culpables por el retraso en la declaración de concurso, dándose vía libre a la exoneración. La redacción del precepto no puede ser más desafortunada.» (cfr. "Segunda oportunidad. Novedades de última hora", ob. cit.; "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 4).

insolvencia del deudor, se trata de un extremo que debió valorarse en sede de calificación –en cuanto presunción *iuris tantum* ex art. 444.1º TRLC– o, al menos, al descartar su apertura (cf. arts. 37 ter y 473 TRLC), por lo que valorarlo nuevamente ahora resulta improcedente[1047]. Solo resultaría oportuno en los casos de liquidación del procedimiento especial para microempresas, en los que la apertura de la calificación abreviada se deja en manos de los acreedores (cf. art. 716 TRLC).

La LRC corrige acertadamente una deficiencia de la legislación al tener en cuenta la responsabilidad del deudor como persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable en los diez años anteriores a la fecha de solicitud de la exoneración, salvo que en dicha fecha hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad (cf. art. 487.1. 4º TRLC[1048]). Frente a la LSOP, que no impedía la concesión de la exoneración por este motivo[1049], con la nueva redacción dada por la LRC se tendrá en cuenta la responsabilidad del deudor en la insolvencia de su sociedad, lo que tendrá especial relevancia cuando su insolvencia pudiera estar relacionada con la responsabilidad por deudas de la sociedad (art. 456 TRLC) que, de acuerdo con el TRLC en su redacción original, podían ser exoneradas en su concurso personal –a pesar de que algún juez trató de defender lo contrario con buena intención, pero, en mi opinión, sin base legal[1050]–. Acertadamente, la LRC no permite tal exoneración si el deudor resultase

[1047] *Vid.* SANCHO GARGALLO, I.: "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 43; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.

[1048] Propuso la supresión de esta excepción el Grupo Parlamentario Plural en sus enmiendas núm. 136 y 137, 286 señalando que «en sede de calificación del concurso personal ya se analizará la conducta del deudor en relación a la generación o agravación de insolvencia, convirtiéndose la institución de calificación en el cauce apropiado a la restricción al acceso del EPI con las garantías procesales de todas las partes afectadas.». También propuso su supresión como «Mejora técnica» el Grupo Parlamentario Popular en su enmienda núm. 421. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1049] *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, ob. cit., p. 85.

[1050] *Vid.* SJM de León de 14 de octubre de 2015 (JUR 2016\47759), que estima la oposición a la exoneración del pasivo insatisfecho de los concursados formulada por un acreedor con base a la falta de concurrencia de la exigencia de buena fe del deudor al haber sido condenado unos de los deudores como afectado por la calificación culpable del concurso de una sociedad mercantil. La resolución aborda el carácter abierto o cerrado de los requisitos para apreciar la buena fe contenidos en el art. 178 bis.3 de la LC, y concluye que «(…) en la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho la concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado 3 del precepto constituye un mínimo en sí mismo insuficiente, que precisa además de la falta de advertencia de cualquier circunstancia que pueda descartar la buena fe del deudor, entre las que, no parece haber lugar a la duda, debe incluirse la condena como afectado por la calificación de otro concurso.».

afectado por la calificación culpable del concurso de su sociedad, tal y como había reclamado la doctrina[1051].

La LRC establece como motivo de exclusión de la exoneración el incumplimiento por parte del deudor de los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal (cf. art. 487.1. 5º TRLC), circunstancia que no estaba incluida en la ley como parte del presupuesto subjetivo para apreciar la buena fe del deudor, sino como requisito del presupuesto objetivo para poder obtener la exoneración de acuerdo con el régimen especial por la aprobación de un plan de pagos (cf. art. 493.2º TRLC en su redacción original). La LRC corrige acertadamente así la disparidad de requisitos de buena fe en función de la capacidad de pago de los deudores. El cumplimiento de las obligaciones de colaboración e información se exige a todo deudor que solicite la exoneración. La valoración del cumplimiento de estas obligaciones se realiza en sede de calificación, por lo que su análisis en el trámite de exoneración sólo tendría sentido en los casos en que no se abra la sección de calificación en los casos de concursos sin masa *ab initio* o sobrevenida (ex arts. 37 ter y 473 TRLC)[1052] y en el procedimiento especial para microempresas (ex art. 716 TRLC). Si bien se ha interpretado que esta previsión supondría el análisis de incumplimientos de menor trascendencia que no hubieran constituido causa de calificación culpable por no concurrir dolo o culpa grave[1053], cuya prueba correspondería a quien se oponga a la concesión de la exoneración[1054] –sin que baste la mera declaración del deudor o del administrador

[1051] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad,* ob. cit., p. 237; CUENA CASAS, M.: "Segunda oportunidad. Novedades de última hora", ob. cit.; "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 3). La autora celebra la medida prevista en el PLRC en "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., pp. 51-52.

[1052] En este sentido, *vid* LATORRE CHINER, N.: "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", *Anuario de derecho concursal*, Nº 37, 2016, pp. 163-193, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit. En contra, *vid.* SANCHO GARGALLO, I., que no tiene en cuenta la posible no apertura de la sección de calificación ("El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 44-45); FIDALGO GALLARDO, C.: "Un laberinto, un trampantojo… y una trampa. En torno a la reforma de la Segunda Oportunidad con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 8.

[1053] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 52.

[1054] La LRC acogería esta interpretación del art. 493 del TRLC en su redacción original (*vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 493. Presupuesto objetivo especial.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 760).

concursal de haber cumplido estas obligaciones–, entiendo que ello restringiría sobremanera el acceso a la exoneración, lo que contravendría el criterio de interpretación restrictiva de la excepción al derecho a la exoneración que impone la DRI[1055].

La LRC introduce una novedad destacable al incluir como motivo de exclusión de la exoneración que el deudor haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente en el momento de endeudarse o de evacuar sus obligaciones, incluso cuando el concurso no haya merecido por ello la calificación culpable; para cuya determinación el juez deberá valorar[1056]: (*a*) la información patrimonial que el deudor suministró al acreedor para la evaluación de su solvencia antes de la concesión del préstamo, (*b*) el nivel social y profesional del deudor, (*c*) las circunstancias personales del sobreendeudamiento, y (*d*) si el deudor persona natural empresario utilizó las herramientas de alerta temprana que hubieren sido puestas a su disposición por las Administraciones Públicas (cf. art. 487.1. 6º TRLC). Con ello se otorga al juez un margen valorativo del que carecía hasta ahora, sin perjuicio de la prejudicialidad civil o penal (cf. art. 487.2 TRLC). Por primera vez se introduce en la regulación de la segunda oportunidad en nuestro Derecho un criterio valorativo de la actuación del deudor en el marco de las obligaciones de préstamo responsable impuestas al acreedor[1057]; y con ello se acerca a los modelos «de merecimiento» en los cuales se otorga al juez cierta discrecionalidad para valorar la conducta del deudor[1058].

Sin embargo, la introducción de esta circunstancia como excepción para la concesión de la exoneración resulta desproporcionada: en primer lugar, porque se refiere a conductas que podían ser valoradas en sede de calificación (ex art. 442 TRLC) y, si no merecieron reproche en esa sede, no deberían merecerlo en sede de exoneración[1059] –

[1055] En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.

[1056] La doctrina se inclina por considerar que esta no se trata de un *numerus clausus*, y critica que no se incluya en la dicción del precepto la expresión «entre otras» para evitar las dudas sobre este extremo (*vid. vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 286).

[1057] Celebra esta novedad CUENA CASAS, M. (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 53), quien había reclamado largamente este cambio (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 92).

[1058] *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3. Una disposición similar se establece en Italia (*vid.* Art. 14-terdecies Legge 27 gennaio 2012, n. 3; en su redacción vigente en julio de 2022).

[1059] En este sentido, *vid.* SANCHO GARGALLO, I.: "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 45; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.

salvo en los casos en que no se abra la sección de calificación en los concursos sin masa *ab initio* o sobrevenida (ex arts. 37 ter y 473 TRLC) y en el procedimiento especial para microempresas (ex art. 716 TRLC)–; y, en segundo lugar, porque no se valora la conducta del acreedor y el eventual incumplimiento de sus obligaciones de préstamo responsable. Este fue, de hecho, uno de los motivos por los que esta opción legislativa no se introdujo en el RDL 1/2015, a pesar de que había sido planteada[1060].

La valoración de la conducta del deudor en su sobreendeudamiento no puede hacerse sin evaluar, a su vez, el comportamiento del acreedor. Si el prestatario deviene insolvente como consecuencia del incumplimiento por parte del prestamista de sus obligaciones de evaluación de la solvencia ello debe tener consecuencias en el concurso de acreedores pues, de lo contrario, se fomenta su actuación en riesgo moral. Este enfoque es el que se sigue en ordenamientos de nuestro entorno como el italiano o el francés.

El Derecho italiano contempla que el plan de reestructuración propuesto por el deudor deba ser presentado a través de un órgano gestor de la crisis de sobreendeudamiento (denominado *organo di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, «OCC»), que elaborará un informe con indicación –entre otros extremos– de las causas del endeudamiento y de la diligencia del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones y las razones de su incapacidad para cumplirlas; pero también si el prestamista, al conceder la financiación, tuvo en cuenta la solvencia del deudor, evaluada en relación con su renta disponible, menos la cantidad necesaria para mantener un nivel de vida digno[1061]. En caso de que se compruebe que el acreedor provocó o agravó culpablemente la situación de endeudamiento, o que incumplió su

[1060] Cfr. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., quien señala que esta opción legislativa se descartó, entre otros motivos, porque «se planteaban algunos problemas para determinar supuestos de corresponsabilidad del prestatario y del prestamista» (*La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, ob. cit., p. 209).

[1061] *Vid.* Art. 68.3 Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza. Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14: «L'OCC, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita. A tal fine si ritiene idónea una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componente il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159.».

obligación de evaluar la solvencia del prestatario[1062], no podrá oponerse a la homologación de la propuesta presentada por el deudor[1063].

Por su parte, en Derecho francés la definición de la buena fe del deudor para ser merecedor del procedimiento de sobreendeudamiento ha sido acuñada jurisprudencialmente, distinguiendo entre la buena fe contractual –en el comportamiento del deudor respecto de sus acreedores– y la buena fe procesal –en el comportamiento del deudor a lo largo del procedimiento de sobreendeudamiento–. Como principales elementos constitutivos de la buena fe contractual se examinan la transparencia en la información dada por el prestatario en el momento de la contratación, el destino de los fondos prestados, y, especialmente, las causas del endeudamiento, teniendo en cuenta la existencia de dolo, el nivel socio-cultural o profesional del deudor, la concurrencia de eventos externos ajenos a la voluntad del deudor, y la responsabilidad y culpabilidad del deudor respecto de su sobreendeudamiento, distinguiendo en este punto las situaciones de sobreendeudamiento pasivo, y las actuaciones contrarias a la buena fe en situaciones de sobreendeudamiento activo (ej.: engaño en la información aportada a una entidad financiera, suscripción de préstamos a sabiendas de la incapacidad para afrontar su pago, endeudamiento por gastos suntuosos o de lujo, etc.)[1064]. En este marco, se tiene en cuenta la responsabilidad de los acreedores por la facilidad de acceso al crédito[1065]. Este concepto abierto de buena fe, de valoración jurisprudencial, ha permitido en Francia la responsabilización en el sobreendeudamiento, no solo del deudor, sino también de los acreedores[1066]. Asimismo, las comisiones de sobreendeudamiento pueden tener en cuenta el comportamiento irresponsable del acreedor que haya incumplido sus obligaciones de evaluación de la solvencia (ex arts. L312-16 C.cons.; L313-16 a L313-18 C.cons.) o no haya respetado los usos profesionales, de modo que haya causado o agravado la

[1062] Cf. Art. 124 bis Testo unico delle leggi in materia bancaria e crediticia, Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

[1063] *Vid.* Art. 69.2 Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza. Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14: «Il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, non puo' presentare opposizione o reclamo in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta.».

[1064] *Vid.* BASTANTE GRANELL, V.: *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español*, ob. cit., pp. 90-138.

[1065] *Vid.* BASTANTE GRANELL, V., ibidem, p. 120.

[1066] En este sentido, *vid.* BASTANTE GRANELL, V., ibidem, p. 171.

insolvencia (por ejemplo, al no consultar los ficheros de solvencia), pudiendo imponer medidas forzosas a los acreedores (ex art. L733-1 C.cons.)[1067].

A pesar de que la conveniencia de tener en cuenta la conducta del acreedor se planteó por la doctrina durante la elaboración del ALRC[1068], y por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al ALRC[1069], finalmente la LRC no ha introducido esta valoración.

De este modo, se ha desaprovechado la oportunidad de sancionar el préstamo irresponsable en sede concursal, pudiendo darse la situación de que se le niegue al deudor el derecho a la exoneración por considerar que ha incurrido en un sobreendeudamiento activo, sin valorar si el acreedor cumplió con sus obligaciones de evaluación de la solvencia, lo que resulta absurdo e injusto[1070], como muestran algunas resoluciones

[1067] *Vid.* Art. L733-5: «La commission prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels.».

[1068] *Vid.* CUENA CASAS, M., quien planteó la cuestión en el informe realizado para la Sección especial de la Comisión General de Codificación ["Artículo 486. Ámbito de aplicación", ob. cit., p. 12 [en prensa]].

[1069] Según el Consejo General del Poder Judicial: «Dado el carácter de mínimos de la Directiva, los Estados miembros podrán incorporar el parámetro de la actuación del acreedor entre aquellos que sirven para valorar el carácter deshonesto de la conducta del deudor, como -ya se ha visto- ha hecho el ordenamiento francés. Esta posibilidad, por lo demás, sería acorde a las sanciones que se imponen a los prestamistas por incumplimiento de sus deberes de evaluación de la solvencia del empresario prestatario. Y se traduciría en la práctica en que el deudor que ha acudido al crédito irresponsable se vería impedido de alcanzar la exoneración de sus deudas salvo que el acreedor hubiera incumplido sus deberes legales de evaluación del prestatario y de concesión responsable del préstamo.» (*Vid.* Informe sobre el ALRC, adoptado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de noviembre de 2021, p. 67, disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-de-reforma-del-texto-refundido-de-la-Ley-Concursal--aprobado-por-el-Real-Decreto-Legislativo-1-2020--de-5-de-mayo--para-la-transposicion-de-la-Directiva--UE--2019-1023-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-20-de-junio-de-2019--sobre-marcos-de-reestructuracion-preventiva--exoneracion-de-deudas-e-inhabilitaciones--y-sobre-medidas-para-aumentar-la-eficiencia-de-los-procedimientos-de-reestructuracion--insolvencia-y-exoneracion-de-deudas--y-por-la-que-se-modifica-la-Directiva--UE--2017-1132--Directiva-sobre-reestructuracion-e-insolvencia-).

[1070] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación", ob. cit., p. 14 [en prensa].

judiciales[1071]. Precisamente, el procedimiento concursal ofrece un marco adecuado para introducir sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias al préstamo irresponsable, tal y como exigen la DCC y la DCI[1072].

[1071] Resulta ilustrativa en este sentido la SAP de León, secc.1, 764/2022, de 22 de diciembre (Roj: SAP LE 1752/2022 - ECLI:ES:APLE:2022:1752), que desestima el recurso de apelación interpuesto por unos deudores personas físicas contra la SJPI Nº 8 y Mercantil de León, de 6 de junio de 2022, que estima la demanda de calificación deducida por el Ministerio Fiscal y declara culpable el concurso. Según se señala, la SJPI fundamenta la culpabilidad en el sobreendeudamiento que desencadena la situación de insolvencia derivado de que los concursados solicitaron préstamos cuyo origen y destino no explican ni justifican, «lo que impide valorar adecuadamente su responsabilidad en la generación de tal pasivo». Los deudores partían de unos ingresos regulares suficientes para atender sus necesidades corrientes y sus obligaciones ordinarias, y dado que no aportan «una explicación adecuada ni justificar debidamente las razones de su endeudamiento», y que «únicamente los concursados disponen de acceso a la documentación precisa para la acreditación de las circunstancias que condujeron a su endeudamiento», se concluye que «la situación de insolvencia se generó por causa directamente imputable a una grave falta de diligencia en la administración de su patrimonio», lo que les sitúa en el supuesto de calificación culpable previsto en el art. 442 del TRLC. Por su parte, los deudores argumentaron que la causa de su insolvencia fue la pérdida de empleo consecuencia de la crisis del COVID-19 «que impide hacer frente a las cuotas del pago de los préstamos que concertaron cuando sí contaban con ingresos para hacerse cargo de las deudas». A su vez, señalan la dificultad de acreditar el destino de cada uno de los préstamos al tratarse de préstamos al consumo que tenían por objeto «aplazar la compra de determinados bienes y servicios (electrodomésticos, viajes...)». En consecuencia, la SAP de León confirma la calificación del concurso culpable ex art. 442 del TRLC porque «son los concursados quienes han originado su situación de insolvencia sin causa al margen de su voluntad cuando asumen gastos de consumo que exceden los ingresos sin explicación sobre la necesidad del endeudamiento por lo que se estima culpa grave», teniendo en cuenta que «si se recurre a financiación externa el que la solicita debe explicar y justificar a qué se destinó y por qué se solicitó; si los ingresos ordinarios son suficientes para atender a las necesidades básicas, la solicitud de financiación externa, a cuyo pago no se puede atender, constituye una falta de diligencia.». La sentencia, por tanto, no valora la conducta del prestamista que concedió la financiación y que, en cuanto crédito al consumo, estaba obligado a evaluar la solvencia de los deudores al concederles la financiación (cf. art. 14 LCC), y señala que la falta de información sobre el cumplimiento por el prestamista de su obligación de evaluar la solvencia del prestatario «impide valorar adecuadamente su responsabilidad en la generación de tal pasivo». Una interpretación conforme a la LCC implica que en el caso objeto de enjuiciamiento se debía haber requerido al prestamista que acreditase el cumplimiento de su obligación de evaluación de la solvencia pues, al no hacerlo se ampara una actuación en riesgo moral: el prestamista pudo causar o agravar la insolvencia de los concursados y, sin embargo, no asume ninguna responsabilidad por su actuación irresponsable, mientras que la calificación culpable del concurso cierra a los deudores la puerta para obtener la exoneración de su pasivo insatisfecho. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo irresponsable y segunda oportunidad: ¿Puede el prestamista irresponsable bloquear la obtención de la exoneración del pasivo de su deudor concursado?", *Hay Derecho*, 1 de marzo de 2023.

[1072] Como se ha dicho: «El préstamo irresponsable genera sobreendeudamiento e insolvencia y es precisamente el procedimiento de ejecución colectiva el lugar apropiado para establecer las consecuencias disuasorias al préstamo irresponsable que ordena la Directiva europea en materia de crédito inmobiliario y crédito al consumo. (…) Decir que lo apropiado es que el deudor insolvente demande a la entidad prestamista para dilucidar si el préstamo ha sido o no irresponsable, es pensar solo en los intereses de los acreedores, ya que ningún deudor, máxime si es insolvente, va a iniciar un procedimiento de tales características.» [cfr. CUENA CASAS, M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación", ob. cit., p. 14 [en prensa]]. En este sentido, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas). En contra, *vid.* AZOFRA VEGAS, F., quien considera que el procedimiento concursal no es el lugar idóneo para dilucidar las responsabilidades del acreedor, sino que ello debe hacerse a través de procedimientos contradictorios instados por el deudor ("La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 294). Sobre la falta de efectividad de tales procedimientos, *vid.* Capítulo IV.

Otro de los cambios que introduce la LRC es que elimina el requisito consistente en que el deudor no haya rechazado oferta de empleo adecuada a su capacidad en los 4 años anteriores a la declaración de concurso. Se trataba de un requisito que adolecía de una seria indeterminación[1073], y suponía la prueba de un hecho negativo que entrañaba una «prueba diabólica» a cargo del deudor[1074]. Tampoco resultaba sencillo para el acreedor desvirtuar la declaración del deudor en el trámite de alegaciones a la concesión de la exoneración (cf. arts. 498 y 502 TRLC). Sin embargo, el intento de llevar a cabo una actividad económica que le permita atender sus obligaciones es una de las muestras más claras de buena fe de un deudor. Por ello, atendiendo a la inversión de la carga de la prueba establecida en la LRC en línea con la DRI, considero que podría haberse mantenido como excepción que el deudor hubiese rechazado una oferta de empleo, correspondiendo en su caso su acreditación a quien se opusiera a la concesión de la exoneración.

Por lo demás, la LRC elimina la obligación de haber celebrado o intentado celebrar un AEP[1075] –instituto preconcursal que desaparece con la reforma–, que ya en la redacción original del TRLC no se incluía como requisito para apreciar la buena fe del deudor –a pesar de que así se establecía en la LSOP–, tal y como analizamos en otro lugar[1076]. Se

[1073] La norma contenida en el art. 493 del TRLC en su redacción original se refiere a que la oferta de empleo sea «adecuada a su capacidad». Las posibles interpretaciones son diversas (e.j. que el deudor sea capaz de realizar el trabajo, que pertenezca a una categoría profesional similar a sus anteriores actividades, etc.) lo que dificulta aún más la aplicación de un precepto ya de por sí complejo. En la línea de la regulación prevista Alemania (*vid.* § 295 InsO, según la cual, entre las obligaciones del deudor durante el periodo de plan de pagos, el deudor deberá emplearse en un trabajo remunerado adecuado o, si estuviera desempleado, deberá buscar tal trabajo y no rechazar ninguna actividad razonable), entiendo que la norma se refería tanto a la adecuación *subjetiva* del trabajo (que el deudor sea capaz de realizarlo, es decir, que tenga una preparación suficiente para desempeñarlo), como a la adecuación *objetiva* del mismo para que el deudor pueda cumplir el plan de pagos.

[1074] Así lo argumenta el apartado IV del Preámbulo de la LRC: «(…) En línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, se establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (numerus clausus), sin apelación a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción, o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor. Se elimina el requisito para poder gozar de la exoneración consistente en que el deudor no haya rechazado oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso. (…)». Analiza los posibles medios de prueba FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., quien destaca que, si el deudor no está inscrito en oficina de empleo que pueda certificar las ofertas recibidas, bastará con que aporte «un principio de prueba razonable» (cfr. "Artículo 493. Presupuesto objetivo especial.", ob. cit., p. 759).

[1075] Cfr. Apartado IV de la Exposición de Motivos del PLRC.

[1076] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.

priva de esta forma al sistema de segunda oportunidad de su potencial para fomentar los acuerdos con los acreedores antes de llegar al concurso[1077].

Por tanto, como hemos visto, la transposición de la DRI no ha cristalizado en una apreciación valorativa de la buena fe en sentido general, si bien ha permitido la introducción de ciertos criterios valorativos que merecen un juicio positivo. Las excepciones que hemos analizado son taxativas, y no admiten margen de valoración, con dos únicas excepciones: el retraso en la solicitud de concurso que haya causado la calificación culpable del concurso; y la entrega de información falsa o engañosa o el comportamiento temerario o negligente por el deudor en el momento de endeudarse o de evacuar sus obligaciones. La regulación tiende, por tanto, a los modelos de merecimiento que prevén que el juez pueda valorar en cierta medida la conducta del deudor, pero sin poner en peligro la seguridad jurídica, lo cual creo que es acertado. La LRC corrige, además, el planteamiento de la DRI, que permitía la obtención de la exoneración por un deudor de mala fe en un plazo más largo que el generalmente previsto (cf. art. 23.1 DRI), lo que contraviene los fundamentos más elementales del *fresh start*[1078].

En suma, valoramos positivamente el planteamiento de la LRC, que sigue la estela de la DRI, pero corrige algunos de sus excesos. Resulta acertado que la barrera de entrada al sistema de segunda oportunidad se establezca en sede de valoración de la conducta del deudor, y no al definir el pasivo susceptible de exoneración. Se debe mantener el rigor al analizar si el deudor cumple con el estándar de buena fe. A su vez, resulta fundamental no cargar al deudor con la prueba diabólica de su buena conducta, pues ello restaría eficacia al sistema. De ahí que la presunción de la buena fe y la inversión de la carga de la prueba resulten fundamentales: se preserva el rigor en la valoración de la conducta del deudor, pero sin impedir que quienes no puedan acreditar que no han incurrido en mala

[1077] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 46.

[1078] Denuncia este planteamiento CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 19. También SENENT MARTÍNEZ, S. interpreta que la concurrencia de la buena fe se configura como un elemento discrecional en la DRI, lo que permitiría que un Estado miembro opte por permitir que un deudor obtenga la exoneración sin concurra la buena fe (*vid*. "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 5).

conducta –por ser un hecho negativo de difícil prueba– se vean privados de la segunda oportunidad[1079].

2. Presupuesto objetivo de la exoneración: la clave de la LRC

2.1. Antecedentes normativos

La regulación de la segunda oportunidad prevista en el TRLC proveniente de la LSOP establecía como presupuesto objetivo de la exoneración una doble condición: que el concurso del deudor hubiese concluido por finalización de la fase de liquidación o por insuficiencia de masa activa; y que el deudor abonase un determinado umbral de pasivo, bien durante el concurso, de conformidad con el régimen general, bien en cumplimiento de un plan de pagos aprobado por el juez, conforme al régimen especial. La exoneración del pasivo *exonerable* quedaba supeditada, en todo caso, al abono del pasivo *no exonerable* –de forma inmediata, durante el procedimiento concursal, o de forma diferida, en cumplimiento de un plan de pagos–, sin tener en cuenta la situación del deudor –ni sus preferencias[1080]– y, en todo caso, tras la liquidación de su patrimonio; lo que convertía nuestro sistema en uno de los más restrictivos de nuestro entorno[1081]. De nada sirve establecer un sistema de segunda oportunidad si luego quedan fuera de él los deudores que no tienen recursos con el solo objetivo de priorizar los intereses de los acreedores[1082].

[1079] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 54.

[1080] La exoneración de acuerdo con un régimen u otro no dependía de la elección del deudor, sino que, si el deudor contaba con patrimonio embargable suficiente para abonar en la liquidación concursal el umbral de pasivo no exonerable podía solicitar la exoneración de acuerdo con el régimen general y, si no, podía solicitar la exoneración de acuerdo con el régimen especial (*vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 493. Presupuesto objetivo especial.", ob. cit., p. 758).

[1081] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 72-76; "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 2-3.

[1082] *Vid.* KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., pp. 588, 590, 600; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 8.

Este sistema contravenía el art. 20.2 de la DRI[1083], por lo que, afortunadamente, su transposición a través de la LRC ha obligado a reformar nuestra regulación[1084]. Un sistema rígido con abono obligatorio de umbral de pasivo –bien inicial, bien mediante un plan de pagos– determinado por clases de créditos, sin considerar la situación del deudor y de los acreedores, resulta inadecuado para lograr los objetivos de la segunda oportunidad[1085], por lo que la previsión de la DRI merece una valoración positiva[1086].

2.1.1. La preceptiva liquidación del patrimonio del deudor

Como hemos visto, tras la LSOP, el deudor persona natural podía solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho si la causa de conclusión del concurso era la finalización de la fase de liquidación de la masa activa, o la finalización de la liquidación tras constatarse la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa (cf. art. 486 del TRLC), incluso cuando la conclusión se acordase en el mismo auto de declaración del concurso (cf. art. 472.2 TRLC). De acuerdo con este sistema, no cabía, por tanto, que el deudor obtuviese la exoneración sin haber liquidado antes su patrimonio embargable, también en los casos de insuficiencia de masa.

Este presupuesto para la exoneración ocasionaba numerosos inconvenientes. En primer lugar, excluía de la exoneración a los deudores cuyo concurso finalizase sin abrir la fase de liquidación –salvo en los casos de conclusión por insuficiencia de masa–. Por ejemplo, en el caso de constatar la existencia de un único acreedor (cf. art. 465. 2º TRLC) antes de haber abierto la fase de liquidación o haber concluido las labores de liquidación, el concurso concluía y el deudor no podía solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho,

[1083] El art. 20.2 de la DRI establece: «2. Los Estados miembros en que la plena exoneración de deudas esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores.».

[1084] Así lo habían apuntado CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 10; y SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 8.

[1085] Así lo reconoce el apartado IV del Preámbulo de la LRC, que apunta como una de las causas de la escasa incidencia en España de la exoneración del pasivo insatisfecho el hecho de que la legislación requiriera el pago de un umbral de pasivo mínimo «sin ninguna consideración de las circunstancias personales y patrimoniales del deudor».

[1086] Así también CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 9.

de manera que el acreedor recuperaba la plenitud de sus acciones para el cobro de su crédito[1087].

Por otro lado, se planteaba la cuestión de si era necesario esperar a concluir las tareas de liquidación y las ejecuciones separadas de todo el pasivo embargable antes de conceder la exoneración. La doctrina se había pronunciado en contra[1088], y la DRI aclaró esta cuestión en el mismo sentido (cf. Considerando 77 y art. 21.3 DRI)[1089].

Además, el régimen de segunda oportunidad así configurado no proporcionaba una adecuada protección de la vivienda habitual. Como consecuencia de esta carencia, en ocasiones se interpretó el régimen legal forzando la letra de la norma para permitir la exoneración del pasivo insatisfecho sin haber ejecutado una garantía hipotecaria que

[1087] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación.", ob. cit., p. 728.

[1088] Así lo sostuvo CUENA CASAS, M.: «(…) por ejemplo, en el caso de que esté en marcha el proceso de ejecución hipotecaria y se estime que quedará pasivo pendiente, el juez puede decretar la exoneración del pasivo ordinario que quede tras la ejecución, sin necesidad de que esta finalice.» (cfr. "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 14). *Vid.* SJM Nº 3 de Valencia de 27 de junio de 2019 (reseña disponible en: https://sireraysaval.com/concesion-del-bepi/).

[1089] El Considerando 77 de la DRI apunta: «En aquellos casos en que la vía procesal conducente a una exoneración de deudas suponga la ejecución de activos de un empresario, los Estados miembros no se deben ver privados de la posibilidad de disponer que la solicitud de exoneración se trate por separado de la ejecución de activos, siempre que dicha solicitud sea parte integrante de la vía procesal conducente a la exoneración con arreglo a la presente Directiva. […]». Así lo establece el art. 21.3 de la DRI: «3. Los Estados miembros podrán disponer que la plena exoneración de deudas no sea óbice para la continuación de un procedimiento de insolvencia que suponga la ejecución y distribución de los activos de un empresario que formaban parte de la masa de la insolvencia, en la fecha de vencimiento del plazo de exoneración.». *Vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 11.

pesaba sobre la vivienda habitual[1090]. Aunque algún autor aplaudió este planteamiento[1091], que fue publicitado por la prensa[1092] como *pro debitoris*, la regulación de la segunda oportunidad de la LSOP recogida en TRLC no preveía este supuesto, sino que la exoneración sólo resultaba aplicable tras la conclusión del concurso al finalizar la fase de liquidación, en la que se produce el vencimiento anticipado de los créditos aplazados (cf. art. 414 TRLC). Tal y como apuntó la doctrina, una interpretación distinta, lejos de beneficiar al deudor –por la posibilidad de conservar su vivienda–, beneficiaba al acreedor hipotecario, que podía ejecutar la garantía fuera del concurso si el deudor incurría en impago y no ver exonerado el total de la deuda pendiente si existiera (cf. art. 497.1. 2º TRLC), sino sólo una parte de ella (cf. art. 579.2 LEC); y llegar a algún tipo de acuerdo con el acreedor hipotecario para excluir la ejecución en sede concursal suponía una discriminación para el resto de los acreedores, distinguiendo entre aquellos que se veían afectados por la exoneración y los que no[1093]. Además, hay que tener en cuenta que los acreedores hipotecarios beneficiados por esta interpretación eran, precisamente, aquellos

[1090] Así, se consideró que «Se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía.» (cfr. AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.). De esta forma, se consolidó el criterio mantenido con anterioridad en algunas resoluciones. Por todas, *vid.* AJM Nº 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 (Roj: AJM B 52/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:52A).

[1091] *Vid.* GRASA, D. / REOLON, L. / NORIEGA, M.: "El concurso de persona física exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 36, 2015, pp. 449-468, consultado en Thomson Reuters (BIB 2015\2424), pp. 5-7. Por su parte, ESCOLÀ BESORA, M. E. valora positivamente que esta interpretación permitiese al deudor elegir si conservar o no su vivienda habitual (*vid.* "La exoneración con liquidación de la masa activa. La posición de la vivienda habitual", *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 13, 2022, consultado en Smarteca, p. 4). En la misma línea, si bien poniendo de manifiesto la dudosa base legal de esta interpretación, *vid.* YÁÑEZ VIVERO, F.: *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 143-149.

[1092] *Vid.* AGUSTINA, L.: "Los jueces facilitarán a hipotecados superar el concurso sin perder el piso", *La Vanguardia*, 11 de mayo de 2015.

[1093] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras", *Anuario de derecho concursal*, Nº 37, 2016, pp. 11-63, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas (anteriormente advertido en «La banca ya sabe cómo "escapar" del régimen de segunda oportunidad», *Hay Derecho*, 20 de mayo de 2015); SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., pp. 167-177, consultado en Smarteca, p. 9; CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., p. 341; YÁÑEZ VIVERO, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, Nº 1, enero-marzo, 2021, pp. 17-18, 43-44.

acreedores que contaban con que el valor de la garantía era superior al valor razonable del bien sobre el que estaba constituida, supuesto que se producía habitualmente en los casos en que la cuantía de la deuda era superior al valor razonable del bien debido a que se había prestado más de lo que el deudor podía afrontar, atendiendo preferentemente a la garantía hipotecaria y no a la capacidad de pago del prestatario. En definitiva, se trataba de una doctrina jurisprudencial que no sólo no beneficiaba al deudor, sino que beneficiaba al acreedor hipotecario irresponsable.

Finalmente, la exigencia de liquidar el patrimonio del deudor como presupuesto para acceder a la exoneración implicaba que el deudor eventualmente abonase durante la liquidación unos umbrales de pasivo mayores al pasivo mínimo expresamente requerido en la norma como presupuesto objetivo de la exoneración (*v.gr.* crédito contra la masa, créditos privilegiados y, en su caso, el 25 por ciento de los créditos ordinarios), pues no estaba previsto en modo alguno que los pagos en liquidación pudiesen limitarse al pago de tal pasivo mínimo y conceder al deudor la exoneración si existía liquido suficiente para abonar otros créditos reconocidos en el concurso[1094]; otra manifestación del marcado carácter *pro creditoris* de la regulación.

En suma, imponer la liquidación del patrimonio como presupuesto objetivo *sine qua non* para la exoneración resultaba contraproducente para la recuperación del deudor; más aún si además de liquidar el patrimonio se imponía un plan de pagos[1095]. De esta visión se hace eco la LRC[1096], y plantea la posibilidad de que el deudor obtenga la

[1094] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras", ob. cit., pp. 11-63, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 488. Presupuesto objetivo.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 737.

[1095] Esta cuestión constituye uno de los principios que cabe extraer del informe de INSOL INTERNATIONAL, *Consumer debt report: report of findings and recommendations*, del año 2001, tal y como destacan REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: «The law may provide for different routes to a discharge depending on the specific situation of the debtor and the nature of the debtor's financial difficulties. A debtor who has no redemption capacity, who suffers from survival debts and who has no prospects of improving his financial situation within a reasonable period (possibly due to prolonged dependence upon social security benefits, permanent unemployment or disability), will require a different approach to a debtor with only accommodation debts. » (cfr. *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 39).

[1096] Cfr. apartado IV de la Exposición de Motivos del PLRC: «Por otra parte, el modelo hasta ahora vigente de exoneración del pasivo insatisfecho tiene como base o presupuesto la previa liquidación del patrimonio del deudor, lo cual resulta ilógico respecto del deudor que aspira a mantener una parte de sus bienes –precisamente aquellos que le permitirían desarrollar la actividad empresarial o profesional de la que resultarán esas rentas o ingresos futuros–.».

exoneración con sujeción a un plan de pagos y sin liquidación de la masa activa, de manera que el deudor pueda conservar su vivienda habitual y sus activos empresariales[1097].

2.1.2. El pago de un umbral de pasivo mínimo

2.1.2.1. La confusión entre buena fe y capacidad de pago en la LSOP

El art. 178 bis.3 de la LC en su redacción dada por la LSOP preveía como requisitos para que el deudor fuese considerado de buena fe: que el deudor que reuniese las condiciones para ello hubiese intentado alcanzar un AEP (cf. art. 178 bis.3. 3º LC); que hubiese abonado un determinado umbral de pasivo en el procedimiento, que sería mayor en caso de no haber intentado un AEP (cf. art. 178 bis.3. 4º LC); y que, «alternativamente al número anterior», cumpliese ciertas condiciones de buen comportamiento, entre las que se encontraba aceptar someterse a un plan de pagos de las deudas que no queden exoneradas (cf. art. 178 bis.3. 5º LC). Por tanto, la norma requería el intento del AEP para

[1097] A esta visión de la exoneración se oponen CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A., quienes señalan: «La finalidad del BEPI no es "salvar" una parte del patrimonio del deudor, en concreto, aquella que no sea estrictamente necesaria para pagar los créditos no exonerables, dejando a los titulares de créditos exonerables sin cobrar, pero al deudor con un patrimonio remanente. Su finalidad el liberarle de cara al futuro, que pueda reconstruir su patrimonio, pero no privar a los acreedores de sus –magras– expectativas de cobro con el patrimonio presente, por eso hay que liquidar (…)». (cfr. *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., p. 340).

apreciar la buena fe del deudor[1098], pero dulcificaba este requisito permitiendo que los deudores que no lo hubieran hecho pudiesen obtener la exoneración abonando un umbral de pasivo mayor (cf. art. 178 bis.3. 4º LC). Con esta regulación, la LSOP confundía los criterios que denotan la buena fe del deudor con su capacidad de pago[1099].

De acuerdo con la LSOP, además de los requisitos adicionales de buena fe que se exigían para poder obtener la exoneración en caso de abonar el umbral de pasivo no exonerable de acuerdo con un plan de pagos, que ya hemos analizado en sede de buena

[1098] Tal y como confirmó el TS [*vid.* STS del Pleno de la Sala de lo Civil 381/2019, de 2 de julio (STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253), con un criterio reiterado por la STS 383/2020, de 1 de julio (STS 2071/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2071)] de acuerdo con el art. 178 bis.3 de la LC, el intento del AEP era un requisito *sine qua non* para que el deudor pudiese ser considerado de buena fe y, por tanto, para obtener la exoneración, tanto por abono de un umbral de pasivo, como tras el cumplimiento de un plan de pagos. La confusa sistemática hacía esta cuestión controvertida [a favor, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, ob. cit., p. 265; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, ob. cit., pp. 89-90; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 101-109; BASTANTE GRANELL, V.: *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., p. 212; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 107; en contra, *vid.* CABANAS TREJO, R.: "El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)", *Diario La Ley*, Nº 8505, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2015, sin número de páginas]. Sin embargo, su exigencia debía entenderse excepcionada en el supuesto de que el deudor no reuniese los requisitos del art. 231 de la LC (arts. 631 a 634 del TRLC) –cuya regulación excluía injustificadamente a los deudores personas naturales cuyo pasivo fuese superior a cinco millones de euros – y que, por tanto, no pudiera intentar un AEP, aunque quisiera (sobre la criticable regulación de los AEP, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. / CELENTANI, M.: "Tarea urgente: el concurso personal", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2012, p. 4; INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain: Selected Issues", *IMF Country Report No. 14/193*, July 2014, p. 36; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales", ob. cit., p. 42). Con ello se pretendía que tal imposibilidad no obligase al deudor a abonar un umbral de pasivo adicional (cf. art. 178 bis.3. 4º LC) para poder obtener la exoneración, privándole de la posibilidad de acogerse a un plan de pagos. Sin embargo, esta cuestión también resultaba controvertida [a favor de esta interpretación, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, ob. cit., p. 91; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 101-109; en contra, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, ob. cit., pp. 33, 261-262; RUBIO VICENTE, P. J.: "Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 24, 2016, pp. 99-131, consultado en Smarteca, p. 10; AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.]. Por tanto, el abono de un umbral de pasivo adicional debía entenderse exigido únicamente a quienes, *pudiendo* hacerlo, no hubiesen intentado celebrar un AEP [en el mismo sentido, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015", ob. cit.; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 488. Presupuesto objetivo.", ob. cit., pp. 737, 739; en contra, *vid.* PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 226-227], tal y como confirmó el TS (*vid.* SSTS citadas *supra*), en contra del criterio de algunas Audiencias Provinciales [por todas, *vid.* AAP de Pontevedra, secc. 1, 15/2016, de 25 enero (JUR 2016\29419)] y algún sector de la doctrina [*vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", ob. cit., pp. 508-509].

[1099] En este sentido, *vid.* BASTANTE GRANELL, V., *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, ob. cit., pp. 113, 134.

fe[1100], el deudor debía aceptar expresamente en su solicitud que la concesión de la exoneración constase en el Registro Público Concursal (en adelante, "RPC") durante cinco años, publicidad adicional que no se contemplaba para los deudores que pudiesen abonar el umbral de pasivo mínimo en el procedimiento (cf. art. 178 bis.3. 4º LC); distinción que resultaba discriminatoria e innecesaria[1101].

2.1.2.2. Los regímenes de exoneración del TRLC

Algunas de las dificultades anteriormente expuestas trataron de subsanarse a través de un cambio de sistemática de la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho en la redacción original del TRLC.

El art. 488.1 del TRLC establecía como presupuesto objetivo para obtener la exoneración a través del régimen general que el deudor cumpliese dos condiciones[1102]: (*i*) haber satisfecho en el concurso de acreedores un umbral de pasivo que comprendía la

[1100] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 1.2.1.

[1101] La situación concursal del deudor ya se encontraba anotada en el RPC, donde también quedaría reflejada preceptivamente la exoneración definitiva en todo caso (cf. art. 178 bis.8 LC *in fine*), y sus impagos constaban en los registros de solvencia. Por tanto, esta publicidad extra sólo dificultaba la recuperación del deudor y ahondaba en el estigma, lo que disuadía de solicitar la exoneración, especialmente a los deudores empresarios. Así lo ha considerado el Banco Mundial (*vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 43). En este sentido, *vid*. CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 14. La LSOP mejoró la redacción del RDL 1/2015 en este inciso y limitó el acceso a esta sección especial del RPC a aquellas personas que tuvieran un interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entre las cuales quedaban comprendidas en todo caso quienes realizasen una oferta en firme al deudor de crédito o de entrega de cualesquiera otros bienes o servicios, con carácter oneroso, que estuviera condicionada a su solvencia. También las Administraciones Públicas y los órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones se consideraba que ostentaban interés legítimo.

[1102] Este planteamiento fue el inicialmente establecido en el art. 178.2 de la LC en su redacción dada por la LEI, al que posteriormente se adicionó, a través del RDL 1/2015 y la LSOP, la posibilidad de abonar el pasivo no exonerable a través de un plan de pagos. Apunta CUENA CASAS, M. que quizás sea por este motivo por lo que el TRLC consideró como «régimen general» el pago inmediato de un umbral de pasivo no exonerable, a pesar del escaso éxito que en la práctica había tenido este planteamiento, especialmente en los casos en que el deudor llegaba sin activo suficiente al concurso (*vid*. "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 3).

integridad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados[1103]; y, (*ii*) en el caso de reunir los requisitos para poder hacerlo, haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) con los acreedores. Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un AEP, el apartado 2 del art. 488 del TRLC preveía que podría obtener la exoneración si en el concurso de acreedores hubiera satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos ordinarios. Por tanto, se exigía el intento del AEP y, en caso de no llevarlo a cabo –pudiendo hacerlo–, *penalizaba* al deudor requiriéndole el pago de un umbral de pasivo mayor para poder obtener la exoneración[1104]. En todo caso, el TRLC no establecía este requisito como criterio de apreciación de la buena del deudor, sino como un requisito del presupuesto objetivo para acceder a la exoneración a través del régimen general; de manera que, si el deudor no reunía tal presupuesto objetivo –incluido el intento del AEP pudiendo hacerlo–, cabía solicitar la exoneración a través del régimen especial, con sujeción a un plan de pagos (cf. art. 493 TRLC), lo que introducía un cambio sustancial y aclaraba en gran medida la problemática interpretación del art. 178 bis.3 de la LC de acuerdo con la LSOP.

[1103] Según FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., el artículo se referiría a los créditos con privilegio general (cf. art. 280 TRLC), pues los créditos con privilegio especial (cf. art. 270 TRLC) habrían sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos (cf. art. 430.1 TRLC) o con cargo a la masa cuando la administración concursal comunicase a los titulares de estos créditos que optaba por atender su pago de esta forma y sin realización de los bienes y derechos afectos (cf. art. 430.2 TRLC) [*vid.* "Artículo 488. Presupuesto objetivo.", ob. cit., p. 738]. Dado que el TRLC conforme a la LSOP presuponía la liquidación del patrimonio del deudor para poder obtener la exoneración, entiendo que la norma se refería a que los créditos privilegiados hubiesen sido abonados en la fase de liquidación, bien con cargo a los bienes o derechos afectos –en el caso de los créditos con privilegio especial–, bien en el orden legalmente establecido y a prorrata dentro de cada número (cf. art. 432 TRLC) –en el caso de los créditos con privilegio general–. En todo caso, una interpretación sistemática de la regulación excluiría, como hemos argumentado, que el deudor pudiese acceder a la exoneración separando de la liquidación la vivienda habitual (*vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.1). En contra, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., ídem).

[1104] Aunque presenta una redacción aparentemente similar a la literalidad del precepto dada por la LEI, esta última no establecía como requisito para la exoneración haber celebrado o intentado celebrar un AEP, sino que *premiaba* el haberlo hecho con una reducción en el umbral de pago exigido para acreditar la buena fe del deudor. En este sentido, mientras que en el art. 178.2 de la LC (cf. LEI) el umbral de pasivo mínimo comprendía los créditos privilegiados, los créditos contra la masa y el 25% del pasivo ordinario, y se *premiaba* el intento del AEP excluyendo del pasivo exigible este porcentaje de pasivo ordinario; el art. 488 TRLC establece como umbral de pasivo mínimo los créditos privilegiados y los créditos contra la masa, y se *sanciona* con el abono adicional del 25% del pasivo ordinario al deudor que, reuniendo los requisitos para intentar un AEP, no lo hace [*vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 4; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 488. Presupuesto objetivo.", ob. cit., pp. 735, 739]. Por tanto, la nueva redacción dada por el TRLC suponía una mejora sustancial de técnica legislativa, si bien no eliminó la problemática interpretación del «intento» de AEP (sobre esta cuestión, *vid.* nota al pie 1098), que siguió siendo controvertida.

Con en el sistema previsto en el TRLC, los deudores sin recursos podían obtener la exoneración a través del régimen especial por aprobación de un plan de pagos; pero seguía resultando deseable plantear un régimen de exoneración para el caso de que el deudor careciese de masa *ab initio*, de modo que se otorgase la exoneración directamente[1105], con excepción de ciertos créditos no susceptibles de exoneración (como los créditos por alimentos o por multas y sanciones pecuniarias), que debían abonarse mediante un plan de pagos.

Junto al régimen general de exoneración, los arts. 493 a 499 del TRLC regulaban el régimen especial de exoneración por aprobación de un plan de pagos, que se establecía como una excepción al cumplimiento del presupuesto general (cf. art. 487 TRLC), de modo que el deudor podía obtener la exoneración quedando el pago del umbral de pasivo de la deuda que no quedaría exonerada sometido a un plan de pagos dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que los créditos tuvieran un vencimiento posterior (cf. art. 495 TRLC).

Como hemos visto, la falta de intento del AEP pudiendo hacerlo no limitaba al deudor el acceso a la exoneración a través del régimen especial por aprobación de un plan de pagos, pero sí condicionaba la extensión de la exoneración: en el régimen general, de forma expresa, y en el régimen especial, de forma tácita, de manera que, cuando no se hubiera intentado –pudiendo hacerlo–, el deudor debiera incluir como parte del plan de pagos el 25 por ciento del crédito ordinario que no quedaría exonerado[1106]. Aunque el art. 493 del TRLC parecía excepcionar la obligatoriedad de intentar un AEP, ello habría

[1105] Así lo defendía CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 10.

[1106] En este sentido, *vid.* CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A., quienes entienden que «al aludir el art. 495.1 a la "*parte*" de los créditos ordinarios que se deba pagar según la propuesta del plan, esa parte solo puede depender del previo intento de AEP.» (cfr. *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., p. 335). En contra, *vid.* PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F., que achaca la inclusión de parte de los créditos ordinarios en el ámbito del plan de pagos a un error del legislador (*La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 240).

supuesto un exceso de las facultades conferidas a la Comisión General de Codificación[1107].

Además de los requisitos que el art. 493 del TRLC establecía para poder acogerse al régimen especial de exoneración por aprobación de un plan de pagos, que ya hemos analizado[1108], el deudor debía aceptar expresamente en su solicitud que la concesión de la exoneración constase en el RPC durante cinco años (cf. art. 493 TRLC), publicidad adicional que, como ya hemos criticado al analizar la LSOP, resultaba innecesaria y solo ahondaba en el estigma[1109], sin perjuicio de la mejora introducida en la LSOP frente a la redacción del RDL 1/2015, que limitó el acceso a la información relativa a la concesión de la exoneración a las personas que ostentasen interés legítimo; limitación que adecuadamente mantuvo el art. 564.2 del TRLC.

Por lo demás, el TRLC no aclaraba –como habría sido deseable– el *dies a quo* del cómputo del plazo de diez años durante los cuales el deudor no debía haber obtenido la exoneración, por lo que debía iniciarse desde la concesión provisional de la exoneración[1110].

Sin perjuicio de todo lo expuesto, el mayor defecto de la regulación del TRLC no era de detalle, sino de principio: el diseño del sistema hacía que los deudores con menos activo no pudieran obtener una exoneración directa tras la liquidación si con ella no

---

[1107] Como hemos visto, de acuerdo con la LSOP, el intento de AEP era un requisito de apreciación de la buena fe del deudor que pudiera hacerlo, tanto si solicitaba la exoneración directa, como si la solicitaba por aceptación de un plan de pagos, con el fin de fomentar la salida convencional de la crisis. Por ello, el pago de un pasivo adicional cuando el deudor «no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo» pretendía *penalizar* el incumplimiento de uno de los requisitos para apreciar la buena fe del deudor –de acuerdo con la LSOP– y de uno de los requisitos para entender cumplido el presupuesto objetivo para obtener la exoneración de acuerdo con el régimen general –de acuerdo con el TRLC–. Por tanto, parece más acorde al espíritu de la LSOP –que el TRLC debía preservar– interpretar que, aunque la falta de intento de AEP no impedía el acceso a la exoneración ni por el régimen general ni por el régimen especial, sí condicionaba en ambos casos el pasivo exonerable. En este sentido, *vid. Vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 4.

[1108] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 1.2.1.

[1109] Así lo ha considerado el Banco Mundial (*vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 43). En este sentido, *vid*. CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 14.

[1110] Si se tomaba como referencia la concesión definitiva de la exoneración estaríamos computando quince años desde la exoneración provisional, por lo que la interpretación que sostenemos parece más acertada, tal y como apuntaba CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 13.

habían podido abonar el elevado umbral de pasivo exigido, y se veían abocados a solicitarla acompañando una propuesta de plan de pagos que, en muchos casos, sería meramente formal o de imposible cumplimiento –teniendo en cuenta que el activo del deudor había sido liquidado y solo restaban bienes inembargables–, contando con que, según una determinada interpretación –que no compartimos–, el TRLC preveía la posibilidad de obtener la exoneración definitiva a su término a pesar de que el plan se encontrase parcialmente incumplido (cf. art. 499.2 TRLC)[1111].

2.2. Las modalidades de exoneración en la LRC

Los inconvenientes de la regulación de la segunda oportunidad que hemos analizado se solucionan en gran medida con el régimen planteado en la LRC para la transposición de la DRI.

La LRC articula dos «modalidades» de exoneración (cf. art. 486 TRLC): una con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa (cf. arts. 495-500 bis TRLC); y otra inmediata, precedida de la liquidación, cuando la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (cf. arts. 501-502 TRLC), prevista especialmente para deudores sin recursos. El sistema, planteado de acuerdo con la

[1111] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 16; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., pp. 167-177, consultado en Smarteca, p. 8; PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 235. También FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., que destaca el caso extremo de aquellos deudores que carecen absolutamente de bienes embargables para cumplir el plan de liquidación, quienes quedarían privados de la posibilidad de exonerar su pasivo insatisfecho, abocándoles a una insolvencia permanente (*vid.* "Artículo 495. Propuesta de plan de pagos.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 765). Llaman la atención sobre esta cuestión REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: «Recent studies show that the requirements of the payment plan may be quite difficult for ordinary debtors even with a decent income. These debtors have usually suffered considerably before they file for consumer insolvency. It is probably time to ask whether it is sensible to make middle class people who have the resources to be productive members of society to live on the subsistence minimum for five years just to satisfy the jealousness of their neighbours. » (cfr. *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 248).

propuesta de transposición realizada por la doctrina[1112], adopta un modelo mixto[1113] que combina el modelo de mercado de EE. UU.[1114] (en la exoneración con liquidación), si bien toma elementos del modelo de merecimiento de Francia[1115] para otorgar al juez, como hemos visto[1116], cierto margen valorativo para examinar la conducta del deudor merecedor de la exoneración.

La mejora más destacable de la LRC es que corrige el sinsentido de condicionar la exoneración al abono de un umbral de pasivo no exonerable habiendo liquidado en todo caso el patrimonio embargable del deudor. Sólo por este hecho el régimen es considerablemente menos restrictivo[1117], especialmente para los deudores sin recursos, que son quienes más necesitan la exoneración del pasivo insatisfecho para evitar su exclusión social[1118].

[1112] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente. (A propósito de la Directiva de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas)", *Hay Derecho*, 7 de julio de 2019; "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 10. En el mismo sentido, *vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., pp. 167-177, consultado en Smarteca, p.10.

[1113] *Vid.* CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, p. 36.

[1114] En EE. UU. coexisten dos vías de exoneración: la establecida en el Chapter 7, y la regulada en el Chapter 13 USA Bankruptcy Code. La primera prevé la exoneración directa del deudor tras la liquidación de su patrimonio, mientras que la segunda permite la exoneración tras el cumplimiento de un plan pagos sin liquidación del patrimonio. El deudor podrá solicitar la exoneración por una vía u otra en función de sus activos disponibles. De esta forma, los deudores con menos activo podrán liquidar el que sea embargable y obtener rápidamente la exoneración de las deudas pendientes para volver a empezar, y los deudores con mayor activo podrán acogerse a la exoneración previo abono de ciertas deudas de acuerdo con un plan de pagos realista para cuyo cumplimiento el deudor cuenta con recursos suficientes. *Vid*. SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de persona física", ob. cit., pp. 25-62; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 10; CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 43.

[1115] *Vid.* Apartado IV de la Exposición de Motivos del PLRC, que cita como modelos inspiradores el de EE. UU., Francia y Finlandia.

[1116] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 1.2.2.

[1117] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 41. No obstante, tal y como señala la autora, el carácter menos restrictivo depende de la interpretación que hiciéramos del art. 499 del TRLC, que permite la concesión de la exoneración, en determinadas circunstancias, aunque el deudor haya incumplido el plan de pagos. Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo VI, epígrafe 4.1.1.

[1118] *Vid.* KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", ob. cit., pp. 588, 590, 600.

A diferencia del sistema previsto en el TRLC proveniente de la LSOP, en el que el régimen aplicable a la exoneración no quedaba a disposición del deudor, sino que dependía de si su activo embargable era suficiente o no para abonar el umbral de pasivo legalmente previsto en liquidación[1119]; en el sistema previsto en la LRC el deudor puede escoger qué modalidad de exoneración solicita en función de si quiere conservar su patrimonio embargable o prefiere liquidarlo, e incluso puede en cualquier momento dejar sin efecto la exoneración provisional con plan de pagos que hubiese obtenido y solicitar la exoneración con liquidación (cf. art. 500 bis TRLC).

La LRC elimina el requisito de intentar alcanzar un acuerdo con los acreedores con carácter previo a la solicitud de la exoneración del pasivo insatisfecho. Se eliminan los AEP, y no se exige el intento de alcanzar un acuerdo a través de otro instituto preconcursal o un convenio concursal[1120]. Este cambio, justificado en el mal funcionamiento del sistema anterior[1121], me parece desafortunado. Con él se priva al régimen de segunda oportunidad de uno de sus efectos más favorables, que es el fomento de la salida convencional de la crisis del deudor, de especial importancia en nuestro ordenamiento a la vista del colapso judicial que existe. No solo se debería reconocer el intento del deudor de alcanzar un acuerdo con sus acreedores en el caso que ello sea posible, sino que deberían establecerse medidas que fomenten los acuerdos[1122].

En mi opinión, el intento del deudor de alcanzar un acuerdo con los acreedores debería ser considerado un criterio para apreciar la buena fe del deudor en todo caso; siempre y cuando el deudor reúna los requisitos legales para poder hacerlo y cuente con bienes bastantes o mantenga su actividad económica para poder proponer un plan de

[1119] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 493. Presupuesto objetivo especial.", ob. cit., p. 758.

[1120] *Vid.* STS 383/2020, de 1 de julio (STS 2071/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2071); nota al pie 1098.

[1121] El apartado IV del Preámbulo de la LRC señala el «uso muy escaso» que ha tenido y que su requisito para solicitar la exoneración entrañaba «una discriminación injustificada entre los distintos tipos de deudores», además de que el intento de AEP en los casos que el deudor «esté completamente convencido de la imposibilidad de llegar a un acuerdo» supone «perder tiempo» o incurrir en costes innecesarios. Así lo había defendido SENENT MARTÍNEZ, S., que se mostraba a favor de excluir con ocasión de la transposición de la DRI el intento del AEP «al menos como requisito ineludible» [cfr. "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 6].

[1122] *Vid.* CUENA CASAS, M., quien propone una mediación previa ("La posición del acreedor ante el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 1102).

pagos a los acreedores[1123]. Intentar llegar a un acuerdo con los acreedores antes de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho pone de manifiesto una sana intención del deudor de atender sus obligaciones; lo que debe tener un reconocimiento en sede de segunda oportunidad. Así se planteó en distintas enmiendas al PLRC durante su tramitación parlamentaria[1124]. La LRC debía haber exigido que el deudor hubiese intentado alcanzar un acuerdo con sus acreedores, bien con carácter preconcursal, a través de un plan de reestructuración[1125], bien durante el procedimiento, vía propuesta de convenio, en los casos en que se pretenda solicitar la exoneración con sujeción a un plan de pagos[1126]. Si bien es cierto que la propia regulación del plan de pagos incentiva estos acuerdos –pues el plan de pagos puede ser impuesto por el juez a los acreedores, sin perjuicio de su derecho a impugnarlo ex art. 498 bis del TRLC–[1127], creo que la LRC no fomenta suficientemente la salida convencional de la crisis del deudor.

[1123] *Vid.* CUENA CASAS, M.: «Deben diseñarse dos itinerarios para obtener el BEPI: una exoneración directa tras la liquidación del patrimonio del deudor sin necesidad de intentar un AEP y una exoneración sin liquidación del patrimonio con plan de pagos impuesto judicialmente a los acreedores. Solo en este último caso habría que intentar un AEP. Y es que cuando el deudor carece de patrimonio, poco puede negociar y mantener la exigencia de intento de AEP en estos casos es, a mi juicio, absurdo. Por el contrario, si se diseña un sistema que permita una exoneración por la vía de quitas, esperas, novaciones impuestas en un plan de pagos sin liquidación del patrimonio del deudor porque este llega con masa al concurso, el requisito del intento de AEP adquiere pleno sentido. Hay margen para negociar y existe un incentivo de los acreedores a hacerlo pues el plan de pagos podrá ser impuesto judicialmente en caso de fracaso de AEP.» ("El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 20).

[1124] Durante la tramitación parlamentaria del PLRC, las enmiendas núm. 232 del Grupo Parlamentario Republicano y núm. 295 del Grupo Parlamentario Plural, plantearon el mantenimiento de los AEP de acuerdo con su regulación en el TRLC. Las enmiendas núm. 223 del Grupo Parlamentario Republicano y núm. 285 del Grupo Parlamentario Plural, plantearon la adición de un último apartado al art. 486 del PLRC que estableciese el requisito en cualquiera de los supuestos de exoneración –con o sin liquidación– de haber alcanzado, o al menos intentado, un acuerdo extrajudicial de pagos si el deudor reuniera los requisitos para poder hacerlo. Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular, en su enmienda núm. 472, planteó la modificación del art. 702 del PLRC sobre la solicitud de un procedimiento de mediación, a fin de incluir en él la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, incluyendo que «Será necesario la solicitud de un acuerdo extrajudicial de pagos o reestructuración para por obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En caso contrario, el deudor deberá satisfacer el 25 % de los créditos exonerables.». *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1125] La LRC modifica el libro segundo del TRLC (arts. 583-684), y regula en él el Derecho preconcursal a través de la introducción de los planes de reestructuración, nuevo instituto que sustituye a los AEP y los acuerdos de refinanciación del TRLC proveniente de la LSOP. No obstante, a diferencia de los AEP, la posibilidad de solicitar la homologación de un plan de reestructuración queda reservada para los deudores personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional (cf. art. 583 TRLC).

[1126] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., pp. 45-46.

[1127] En este sentido, *vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 287.

2.2.1. La exoneración con plan de pagos

Entrando ya en el detalle de cada una de las modalidades de exoneración previstas en la LRC, la primera modalidad permite la exoneración del pasivo con sujeción a un plan de pagos y sin liquidación de la masa activa. Se inspira en el sistema del art. 742 del *Code de la consommation* francés y en el Chapter 13 del US Bankruptcy Code, y está pensada para deudores empresarios que quieren mantener su actividad y no liquidar su patrimonio. Esta alternativa facilita la continuidad de la actividad económica y la protección del empleo, a la vez que, para los consumidores, se proporciona una solución para mantener la vivienda habitual cuando sobre la misma pesa una garantía real. Todo ello favorece la solicitud temprana del concurso, pues el deudor no alarga su agonía tratando de evitar su liquidación[1128], tal y como había sucedido hasta ahora. Estos son, al menos, los efectos positivos que podría tener esta modalidad, si bien algunos –como veremos– se ven mermados por los fallos en el diseño del sistema.

De acuerdo con el art. 495 del TRLC, en caso de escoger esta modalidad, el deudor puede presentar la solicitud en cualquier momento antes de que se acuerde en el concurso la liquidación de la masa activa. En el caso de los deudores que deban acogerse al procedimiento especial para microempresas[1129] (cf. arts. 685-720 TRLC), el deudor que desee solicitar la exoneración de acuerdo con esta modalidad deberá instarlo antes de que se declare la apertura del procedimiento especial de liquidación por frustración del plan de continuación[1130]. De esta forma se incentiva el éxito del plan de continuación, a riesgo

[1128] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 70.

[1129] Según los datos del INE a 1 de enero de 2020, la persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una empresa en nuestro país. En concreto, el 55,88 por ciento de las empresas son personas físicas; y de entre las consideradas microempresas (PYME con 1 a 9 asalariados), el 42,44 por ciento son personas físicas (*vid.* "Retrato de la PYME. DIRCE a 1 de enero de 2020", Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, marzo de 2021. Disponible en: http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2020.pdf).

[1130] De acuerdo con el procedimiento especial para microempresas, la falta de presentación del plan de continuación por el deudor o los acreedores en el plazo legalmente previsto, o su frustración por falta de aprobación o rechazo de la homologación por el juez, por estimación de la impugnación de la homologación o por incumplimiento, dará lugar a la apertura del procedimiento especial de liquidación, siempre que el deudor se encuentre en insolvencia actual (cf. arts. 697.2 y 699.1 bis TRLC). El art. 700 del TRLC prevé que, en los casos de frustración del plan de continuación, si el deudor fuera persona física, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho; y el art. 715 del TRLC dispone que, en caso de deudor empresario o profesional persona física, una vez terminada la liquidación de acuerdo con el procedimiento especial y distribuido el remanente, podrá el deudor solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. Por tanto, la LRC no excluye expresamente de la modalidad de exoneración con sujeción a un plan de pagos a los empresarios personas físicas considerados microempresas.

de que este pueda ser impuesto por el juez a los acreedores[1131]. Una interpretación contraria[1132] supondría que los deudores empresarios que quieran mantener su actividad deban hacerlo conforme al plan de continuación previsto en el procedimiento para microempresas (cf. art. 697 y ss. TRLC), *sin exoneración de la deuda exonerable*; y, en caso de fracasar, podrían obtener la exoneración previa liquidación de su patrimonio. Se privaría a estos deudores de la posibilidad de continuar su actividad sin la carga de la deuda exonerable.

En la solicitud de exoneración el deudor deberá aceptar que la concesión de la exoneración se haga constar en el RPC durante el plazo que se establezca en el plan de pagos o, en su defecto, durante cinco años. Se mantiene, por tanto, el requisito de publicidad adicional del dato negativo de solvencia que ya hemos criticado en otro lugar[1133]; sin perjuicio de la adecuada limitación del acceso a la información relativa a la concesión de la exoneración a las personas que acrediten interés legítimo (cf. art. 564 TRLC). Además, el deudor deberá aportar las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los tres últimos ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, y las del resto de personas que formen parte de su unidad familiar[1134]; lo cual resulta razonable para valorar la capacidad del deudor para cumplir con el plan de pagos propuesto sin que ello ponga en riesgo la subsistencia familiar. De esta forma, la norma recoge lo que ya era un –cuestionable– criterio interpretativo del art. 495 del TRLC en relación con el art. 499.2 del TRLC[1135], en su redacción original.

[1131] Así lo defendió CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 71.

[1132] *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.

[1133] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.2.2.

[1134] La enmienda núm. 141 del Grupo Parlamentario Plural propuso añadir «Así mismo deberá aportar informe de riesgos declarados a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), así como toda la información patrimonial que obre en su poder sobre el pasivo asumido.». *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1135] *Vid.* SAP Barcelona, secc. 15, 34/2020, de 10 de febrero (Roj: AAP B 704/2020 - ECLI:ES:APB:2020:704A): «(…) hemos de entender que el plan de pagos ha de fijarse en función de la renta y de las posibilidades económicas y personales del deudor, en atención a los criterios previsto en el apartado 8º del art. 178 bis. De tal manera que si, en el plan de pagos, el deudor destina a pagar los créditos no exonerados provisionalmente el porcentaje de la renta que, según los casos, le permitiría obtener la exoneración definitiva, deberá aprobarse el plan de pagos. Aun cuando, con esos ingresos ello no se puedan pagar todos los créditos no exonerados.». En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 495. Propuesta de plan de pagos.", ob. cit., p. 764.

En cumplimiento de lo previsto en el art. 21.1 de la DRI, el plazo máximo de cinco años anteriormente previsto para el cumplimiento del plan de pagos se reduce, con carácter general, a tres años desde la aprobación judicial, excepto en los casos en que no se realice la vivienda habitual del deudor –y, en su caso, de su familia–, y cuando el importe de los pagos dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor (cf. art. 497 PLRC). Se recogen así algunos de los supuestos que la DRI contemplaba para establecer plazos más largos de exoneración (cf. art. 23 DRI)[1136].

De acuerdo con el art. 496 del TRLC, la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el calendario de pagos –de cuantía determinada o determinable en función de los recursos del deudor– de los créditos exonerables que vayan a ser satisfechos en el plazo previsto en el plan, teniendo en cuenta que durante el plazo del plan los créditos exonerables no devengarán intereses, al igual que los créditos no exonerables, salvo que gocen de garantía real, hasta el valor de garantía (cf. art. 496 bis TRLC). Además, para verificar que la propuesta de pagos resulta realista, el plan de pagos deberá relacionar no sólo los recursos previstos para su cumplimiento, sino también aquellos que vayan a dedicarse al pago de las deudas no exonerables, y a la satisfacción de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de su subsistencia o las que genere su actividad. Para ello deberá atenderse a la renta y recursos disponibles futuros del deudor, considerando su previsible variación durante el plazo del plan de pagos –y, en su caso, del plan de continuidad de su actividad empresarial o profesional–, y a sus bienes y derechos.

El plan de pagos previsto en la LRC es radicalmente distinto al previsto en el TRLC original. De acuerdo con este último, los deudores que hubiesen aceptado someterse a un

[1136] El art. 23 de la DRI establece una serie de excepciones a lo previsto en los artículos 20 a 22 en materia de acceso a la exoneración de deudas, revocación, plazos para su obtención, o períodos de inhabilitación. Se prevé la posibilidad de establecer plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas «cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesta o de mala fe» (cf. art. 23.1 DRI), cuando se den «determinadas circunstancias bien definidas» como en los casos previstos en el art. 23.2 DRI; en los casos en que «a) una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o b) no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia» (cf. art. 23.3 DRI); o en casos debidamente justificados cuando la exoneración afecte a determinados tipos de deudas (cf. art. 23.4 DRI). La técnica legislativa resulta criticable por la mezcla de supuestos heterogéneos que engloba. En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., pp. 12-13.

plan de pagos de la *deuda no exonerable*, podían obtener la exoneración de la *deuda exonerable* (cf. art. 497 TRLC original), pero no se preveía de ningún modo que el pasivo no exonerable que debía abonarse en el plan de pagos pudiese ajustarse a las circunstancias del deudor o de los acreedores, tal y como exige el art. 20.2 de la DRI. Con este planteamiento rígido, en la práctica se proponían –y aprobaban– planes de imposible cumplimiento[1137]. En cambio, en el plan de pagos previsto en la LRC se incluye la *deuda exonerable* que el deudor intentará satisfacer, sin perjuicio de los recursos que vaya a dedicar a pagar las nuevas obligaciones que se devenguen durante el plazo del plan de pagos y las deudas no exonerables, respecto de las cuales los acreedores mantienen sus acciones frente al deudor y podrán ejercitarlas ante el juez del concurso durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos (cf. art. 499.2 TRLC según la LRC)[1138].

En los casos en que el plan de pagos no contemple la realización de la vivienda habitual, se reconoce a la vivienda habitual una suerte de *inembargabilidad* decretada judicialmente a instancia del deudor *cuando la vivienda se encuentre libre de cargas*. Una interpretación lógica y teleológica de esta medida (cf. art. 3 CC) obliga a entender que la vivienda queda protegida de la ejecución por parte, tanto de los acreedores que ostenten créditos exonerables, como de aquellos que ostenten créditos no exonerables pues, si estos últimos pudieran instar la ejecución, la medida perdería su virtualidad protectora. En todo caso, se trata de una medida temporal –mientras se encuentre en cumplimiento el plan de pagos que, además, tendrá una duración de 5 años, por lo que los acreedores tienen mayores posibilidades de cobro de sus créditos–; y, además, como veremos más adelante, los acreedores cuentan con un trámite de impugnación del plan de pagos aprobado por el juez, entre cuyos motivos se incluye precisamente que el plan de pagos «no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, *de la deuda no exonerable* o de las nuevas obligaciones del deudor (…) de su vivienda habitual» (cfr. art. 498 bis.1. 2º TRLC). En cambio, en el caso de que la vivienda esté hipotecada, el plan de pagos deberá contemplar los recursos previstos para atender las cuotas del préstamo hipotecario –deuda no exonerable hasta el límite de la garantía hipotecaria, cf. art. 489.1. 8º TRLC– pues, en

[1137] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 16; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", ob. cit., p. 514.

[1138] El art. 499.2 del TRLC, en su redacción dada por la LRC establece: «2. Las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.».

caso de impago, la *inembargabilidad* de la vivienda decretada por el juez no podrá oponerse al acreedor hipotecario sin su consentimiento, de modo que podrá ejecutar la garantía[1139].

De este modo, de acuerdo con la LRC, en vista de los recursos disponibles del deudor, teniendo en cuenta que el deudor deberá satisfacer en todo caso el pasivo no exonerable –es decir, que quedará responsable de su pago, si bien su abono no es condición para obtener la exoneración–, se diseña un plan para el pago de las deudas exonerables. Por tanto, la exoneración provisional no afectará a todo el pasivo exonerable, sino a la parte de este que vaya a quedar insatisfecha conforme al plan (cf. art. 499.1 TRLC) atendiendo a las quitas que en él se dispongan. De este modo, la extensión de la exoneración dependerá de la capacidad económica del deudor[1140]; lo que significa que la exoneración que obtenga el deudor de acuerdo con la LRC pudiera ser eventualmente menor que la que hubiese podido obtener de acuerdo con el sistema anteriormente vigente conforme a la LSOP y el TRLC original.

Para atender las deudas exonerables, el plan de pagos podrá incluir cesiones en pago de bienes o derechos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor durante el plazo del plan de pagos (en las condiciones previstas en la ley, y siempre que se cuente con el consentimiento del acreedor); pero no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, ni alterar el orden de pago de los créditos legalmente establecido (salvo expreso consentimiento de los acreedores afectados). Aunque la LRC no lo señala expresamente, cabe entender que el plan podrá incluir quitas, esperas, o cualquier otro acuerdo que no sea contrario a lo expresamente previsto en la ley[1141]. Así se desprende de una interpretación sistemática de los preceptos que regulan esta modalidad, que parecen concebir el plan de pagos como una suerte de

[1139] Propone esta interpretación CUENA CASAS, M.: "Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 105, septiembre-octubre 2022 (con anterioridad en "Reforma concursal: Régimen de segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual", *Hay Derecho*, 26 de julio de 2022). En la misma línea, *vid.* ESCOLÀ BESORA, M. E.: "La exoneración con liquidación de la masa activa. La posición de la vivienda habitual", *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 13, 2022, consultado en Smarteca, p. 5. En contra, *vid.* FACHAL NOGUER, N.: "Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado", *Blog Almacén de Derecho*, 25 de mayo de 2022.

[1140] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 74.

[1141] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 72.

convenio en el cual se pueden establecer los efectos sobre el deudor en sustitución de los propios de la declaración de concurso una vez se conceda la exoneración provisional (cf. art. 498 ter.2 TRLC).

El incumplimiento del plan de pagos constituye causa de revocación de la exoneración provisional, y su consecuencia es la resolución del plan y de sus efectos sobre los créditos y la apertura de la liquidación de la masa activa, sin perjuicio de los plenos efectos de los actos realizados en ejecución del plan, salvo que se pruebe la existencia de fraude, contravención del propio plan, o alteración de la igualdad de trato de los acreedores (cf. art. 499 ter.3 TRLC).

A pesar de que esta modalidad entraña enormes beneficios para la productividad y el empleo, el sistema presenta un fallo que puede implicar su fracaso. Como hemos dicho, el objeto del plan de pagos es la deuda *exonerable*, pero la exoneración no está condicionada al pago de la deuda *no exonerable*: esta última se abonará siempre, porque los acreedores mantienen sus acciones frente al deudor (cf. art. 490 TRLC)[1142], y lo único que se exige es que el plan tenga en cuenta esta circunstancia para calcular los recursos que el deudor podrá dedicar al pago de la deuda *exonerable* en los términos en los que se comprometa en el plan. Pero este cálculo es libre: la ley no prevé ningún control del contenido del plan, ni por el administrador concursal, ni por ningún experto independiente. Por ello, el contenido del plan podría ser inviable[1143], lo que conduciría a su incumplimiento y, con ello, a la revocación de la exoneración provisional, la resolución del plan de pagos, y la apertura de la liquidación de la masa activa (cf. art. 499 ter.3 TRLC).

[1142] Apunta TOMÁS TOMÁS, S. que la posibilidad de los acreedores por créditos no exonerables de continuar sus ejecuciones, aunque deba estar previsto en el plan de pagos, puede socavar los recursos del deudor para su cumplimiento, lo que haría aconsejable que el juez pudiera modular esta posibilidad, de manera que cuando lo entienda necesario, pueda extender a estos acreedores los efectos del plan y la suspensión o prohibición de inicio de ejecuciones durante su cumplimiento (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas).

[1143] Para evitar este efecto, señala CUENA CASAS, M. que el contenido del plan debería ser supervisado por el administrador concursal (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 72). Así lo propuso el Grupo Parlamentario Plural en la enmienda núm. 141 al PLRC, que planteó incluir en el precepto que «La propuesta de plan de pagos realizada por el deudor deberá ser validada por la administración concursal por reunir requisitos de viabilidad.». También el Grupo Parlamentario Popular planteó en su enmienda núm. 426 que la validación del plan de pagos por el administrador concursal. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

Los acreedores cuentan con un trámite de audiencia previo a la aprobación del plan para realizar alegaciones en relación con los «presupuestos y requisitos legales para la exoneración» –dicción confusa, pues el diseño del sistema ya no contempla estos elementos– o con la propuesta de plan de pagos presentada, y podrán proponer que se impongan al deudor medidas limitativas o prohibitivas de sus derechos de administración y disposición durante el plan de pagos (cf. art. 498.1 TRLC). También el juez podrá acordar de oficio las modificaciones del plan que estime oportunas al aprobarlo (cf. art. 498.2 PLRC), y denegará o concederá provisionalmente la exoneración. A mi modo de ver, este trámite sólo servirá para perfilar el contenido del plan con carácter previo a su aprobación y concesión de la exoneración provisional. Nada se dice sobre qué sucede si no se concede provisionalmente la exoneración, ni tampoco qué recurso tiene el deudor contra el auto de denegación[1144]. Parece que no se plantea esa posibilidad, aunque la literalidad de la norma la contempla[1145]; y entiendo que ello es así porque el precepto siguiente regula un trámite de impugnación donde sí se establece la no concesión y la tramitación de esta eventualidad.

Aprobado el plan de pagos, el art. 498 bis del TRLC prevé un trámite de impugnación[1146] «dentro de los diez días siguientes», en el cual los acreedores podrán alegar los siguientes motivos –que constituyen, en realidad, los requisitos del contenido del plan de pagos[1147]– en cuyo caso «el juez no la concederá»: (*i*) que el plan de pagos no garantice al acreedor al menos el pago de la parte de sus créditos que habría de satisfacerse en la liquidación concursal; (*ii*) que el plan de pagos no incluya la realización y aplicación

[1144] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 73.

[1145] La literalidad del art. 498.2 del TRLC acoge la enmienda núm. 524 del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común: «Presentadas las alegaciones de los acreedores, o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el juez, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley, del contenido del plan de pagos y de las posibilidades objetivas de que pueda ser cumplido, denegará o concederá provisionalmente la exoneración del pasivo insatisfecho, con aprobación del plan de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas, consten o no en las alegaciones de los acreedores.» (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022).

[1146] Las impugnaciones que se presenten se tramitarán conjuntamente por el cauce del incidente concursal; de ellas se dará traslado al deudor y al resto de acreedores para que puedan formular oposición; y deberán resolverse por sentencia que deberá dictarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera finalizado la tramitación del incidente –plazo de dudoso cumplimiento, dada la situación de los juzgados– y será susceptible de recurso de apelación que no tendrá efectos suspensivos (cf. art. 498 bis.2 y 3 TRLC).

[1147] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 73.

al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor, de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el 40 por ciento del pasivo total de carácter exonerable; (*iii*) que se constate la oposición al plan de pagos de acreedores que representen más del 80 por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan de pagos, salvo que el juez, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, lo imponga; (*iv*) que el plan no destine a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos (siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias), y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos; y (*v*) que no concurran los «presupuestos y requisitos legales para la exoneración».

En mi opinión, este doble trámite –de alegaciones y de impugnación– de audiencia a los acreedores distorsiona la tramitación de esta modalidad de exoneración[1148]. No tiene sentido que se dé a los acreedores un trámite de alegaciones sobre los requisitos de la exoneración y el contenido del plan –sin perjuicio de las cuales el juez pueda aprobarlos– para que luego se reconozcan como motivos de impugnación la oposición –sin causa alguna– del 80 por ciento de los acreedores de deuda exonerable afectada por el plan, aunque el juez pueda igualmente imponer el plan –lo que excepciona que el juez no conceda la exoneración si concurren los motivos de impugnación–, o la falta de cumplimiento de los «presupuestos y requisitos de la exoneración» que, como decimos, no se disponen con claridad en la regulación (cf. art. 498 bis.1. 3º y 5º TRLC). Por ello, debería haberse eliminado el trámite de alegaciones previsto en el art. 498 del TRLC y haber mantenido únicamente el trámite de impugnación, de manera que la concesión de la exoneración provisional se produzca una vez se resuelvan las impugnaciones o transcurra el plazo previsto sin que se hayan presentado. En cualquier caso, la resolución judicial que conceda la exoneración provisional no producirá efectos hasta que transcurra

[1148] En contra de este doble trámite, *vid*. TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

el plazo para la impugnación, hasta que se dicte sentencia rechazándola (cf. art. 498 ter.1 TRLC).

Mención aparte merece la causa de impugnación por oposición al plan de pagos de acreedores que representen más del 80 por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan de pagos (cf. art. 498 bis.1. 3º LRC). A través de este motivo de impugnación se podría hacer valer el derecho de cualquier acreedor mayoritario titular de deuda exonerable. En el caso de acreedores profesionales, como los acreedores financieros, es muy posible que intenten evitar la exoneración de sus créditos no garantizados con garantía real –que, como veremos más adelante[1149], resultan exonerables de acuerdo con la LRC– cuando tales créditos representen más del 80 por ciento del pasivo exonerable. Una nueva puerta para la no exoneración del préstamo irresponsable pues, como ya hemos comentado, la LRC no establece ninguna obligación de evaluación de la conducta del acreedor.

A la vista de la complejidad y carácter restrictivo del régimen expuesto, cabe concluir que la mayoría de los deudores acudirán a la modalidad de exoneración tras liquidación de la masa activa[1150], pues, como veremos, su régimen resulta más beneficioso para obtener una exoneración más amplia de forma más rápida.

2.2.2. La exoneración con liquidación de la masa activa

La segunda modalidad de exoneración está pensada para aquellos deudores que carecen de bienes embargables suficientes para cumplir un plan de pagos y lo que requieren es una liquidación expedita de su escaso patrimonio y una exoneración directa de la deuda pendiente con el fin de poder empezar de nuevo cuanto antes. Así está concebido, si bien, como hemos visto, muchos deudores que podrían –en teoría– mantener su patrimonio acudiendo a una exoneración con plan de pagos, acudirán a esta segunda modalidad para obtener una exoneración más amplia de forma más rápida.

Como se ha avanzado, tampoco en este caso se condiciona la exoneración al abono de un umbral de pasivo mínimo. El deudor solamente tendrá que manifestar en su solicitud que no está incurso en ninguna de las causas que impiden obtener la exoneración, y adjuntar las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas

[1149] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.2.

[1150] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 75.

correspondientes a los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud (cf. art. 501.3 TRLC). Llama la atención que se requiera al deudor que alegue que no está incurso en las causas que impiden obtener la exoneración (se entiende, en las circunstancias señalas en la excepción prevista en el art. 487 del TRLC, y en la prohibición del art. 488 del TRLC), pues no se compadece con la inversión de la carga de la prueba de la buena fe[1151]. Tampoco se entiende que se solicite la información fiscal del deudor, pues ello tiene sentido para acreditar los medios para el cumplimiento del plan de pagos conforme a la primera modalidad, pero en esta segunda modalidad se ha liquidado ya el patrimonio embargable del deudor y –a diferencia de otros ordenamientos[1152]–, no se requiere que el deudor acredite que no cuenta con medios suficientes para cumplir un plan de pagos[1153].

De la solicitud se dará traslado para alegaciones por diez días a la administración concursal y a los acreedores (cf. art. 501.4 TRLC) –a todos ellos, tal y como se preveía en el art. 498.2 del TRLC anterior a la LRC, y no sólo a los afectados por la exoneración, lo que carece de sentido[1154]–. Habiendo conformidad, o no existiendo oposición, que sólo podrá fundarse en la falta de «los presupuestos y requisitos» legalmente previstos, el juez del concurso concederá la exoneración previa verificación –de oficio– de la concurrencia de «los presupuestos y requisitos» legales (cf. art. 502.1 y 2 TRLC). Como ya hemos señalado, esta alusión a los «presupuestos y requisitos» es confusa y no se compadece con la nueva configuración legal de la exoneración del pasivo insatisfecho, reconocida como un derecho con excepciones a su concesión con carácter general[1155].

[1151] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 1.2.2.

[1152] Por ejemplo, en EEUU, donde la modalidad de exoneración con liquidación (cf. Chapter 7 US Code) exige que el deudor supere el «test de medios» (*means test*) para acreditar que sus ingresos están por debajo de la media de las unidades familiares de su estado, de manera que resultan insuficientes para cumplir un plan de pagos de acuerdo con el procedimiento regulado en el Chapter 13. *Vid.* ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ob. cit., p. 109; SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de persona física", ob. cit., pp. 28, 38; CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 2 [en prensa].

[1153] Entiende AZOFRA VEGAS, F. que el sentido de esta exigencia es la comprobación del cumplimiento del estándar de buena fe del deudor (*vid* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 289).

[1154] En el mismo sentido, *vid. Vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 15 [en prensa].

[1155] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 76; CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 14 [en prensa].

Como se observa, la expedita tramitación de esta modalidad de exoneración invita al deudor a elegirla. No hay trámite de impugnación, y ello facilita la obtención de la exoneración. La posibilidad legal de obtener la exoneración con plan de pagos es, sin duda, positiva; pero la LRC no la fomenta, y ello resta virtualidad a la reforma del sistema.

Según el art. 501 del TRLC, esta modalidad será aplicable en los casos de concursos que sean declarados sin masa –los llamados "concursos sin masa *ab initio*"– (cf. arts. 37 bis-37 quinquies TRLC); en los concursos en los que se produzca una insuficiencia sobrevenida de la masa activa para satisfacer todos los créditos contra la masa (cf. arts. 473-476 TRLC); y en los casos en que el líquido obtenido de las operaciones de liquidación de la masa activa fuera insuficiente para el pago de la totalidad de los créditos concursales reconocidos (cf. art. 484.1 TRLC). También podrá acogerse a esta modalidad el deudor que hubiera obtenido la exoneración provisional mediante un plan de pagos, bien potestativamente, en cualquier momento, y sin causa determinada (cf. art. 500 bis TRLC); bien preceptivamente, cuando se hubiera revocado la exoneración provisional por incumplimiento del plan de pagos (cf. art. 499 ter.3 TRLC). Por lo demás, cuando el deudor esté sujeto al procedimiento especial para microempresas, podrá solicitar la exoneración de acuerdo con esta modalidad cuando haya fracasado el plan de continuación (cf. art. 700 TRLC) o una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente (cf. art. 715 TRLC).

En los casos de insuficiencia sobrevenida de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa –en los que se habrá procedido a la liquidación y al pago a los acreedores cf. art. 250 del TRLC– ; y en los casos de liquidación ordinaria de la masa activa que resulte insuficiente para pagar todos los créditos concursales reconocidos, la solicitud de exoneración previa liquidación podrá presentarse por el deudor dentro del plazo para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso (cf. art. 501.2 TRLC). Evidentemente, en la liquidación habrán debido incluirse todos los bienes embargables del deudor, también los bienes gravados con garantía real, incluso aunque el valor del crédito supere el valor de la garantía pues –al igual que sosteníamos antes de la LRC frente a las interpretaciones que sostenían que la vivienda habitual podía quedar excluida de la liquidación[1156]–, con la liquidación se habrá producido el vencimiento anticipado de los créditos aplazados (cf. art. 414 TRLC) y, por tanto, no cabe que el bien gravado no

[1156] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.1.

se ejecute[1157]. Por tanto, todo el patrimonio embargable debe haber sido ejecutado en liquidación y –como veremos– la parte del crédito que no haya quedado satisfecha con la ejecución podrá ser exonerada[1158].

Si bien la LRC no incluye ninguna previsión al respecto de la posibilidad de conceder la exoneración antes de la conclusión de las operaciones de liquidación (cf. art. 21.3 y Considerando 77 DRI), lo cierto es que el plazo de oposición a la conclusión del concurso –durante el cual debe solicitarse la exoneración– se computa desde la puesta de manifiesto del informe final de liquidación en la oficina judicial (cf. art. 469 TRLC), lo que presupone que las operaciones de liquidación hayan concluido. A pesar de que la LRC prevé que la liquidación tenga una duración de en torno a un año (*vid.* arts. 424.3 y 427.1 TRC), cabe prever que este objetivo no se pueda cumplir en muchos casos, lo que podría retrasar innecesariamente la obtención de la exoneración. Por ello, habría sido conveniente que el legislador hubiese previsto expresamente, conforme a la DRI, la posibilidad de solicitar y conceder la exoneración cuando el periodo liquidación exceda dicho plazo de un año.

Por lo que respecta a los casos de concursos sin masa *ab initio* en los que no se hubiera acordado la liquidación, el deudor podrá presentar la solicitud de exoneración en los diez días siguientes desde el vencimiento del plazo para que los acreedores legitimados puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal sin que lo hubieran hecho, o desde que el administrador concursal nombrado hubiese emitido su informe sin que apreciase indicios para la continuación del procedimiento (cf. art. 501.1 TRLC). La nueva regulación de esta clase de concursos en la LRC ocasiona, sin embargo, graves problemas interpretativos respecto del régimen de exoneración.

[1157] Entiendo que la previsión del art. 468.3 del TRLC según la cual el administrador concursal puede exponer en su informe final de liquidación que en la masa activa existen bienes o derechos pignorado o hipotecados, es de aplicación al caso de concursos con déficit en los que la cuantía del crédito privilegiado excede el valor de dichos bienes gravados, de manera que el resultado de su ejecución estará destinado íntegramente al pago del acreedor privilegiado (en este sentido, *vid.* FACHAL NOGUER, N.: "Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado", ob. cit.). Por otra parte, si durante el concurso se hubiera rescatado el bien dado en garantía mediante el pago del crédito con privilegio especial con cargo a la masa (cf. art. 430.2 TRLC), si se abriese la fase de liquidación, dicho bien se trataría de un bien libre embargable que sería objeto de realización para el pago del conjunto de los acreedores.

[1158] En este sentido, *vid.* FACHAL NOGUER, N.: "Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado", ob. cit.; CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 13 [en prensa].

De acuerdo con el art. 37 bis del TRLC, se considera que existe concurso sin masa *ab initio* cuando concurran los supuestos siguientes «por este orden»: (*a*) que el deudor carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables; (*b*) que el coste de realización de los bienes y derechos sea manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal; (*c*) que los bienes y derechos libres de cargas sean de valor inferior al previsible coste del procedimiento; y (*d*) que los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.

El supuesto *d*) del art. 37 bis del TRLC contempla el caso de aquellos deudores cuyos bienes embargables libres de cargas tengan un coste de realización «manifiestamente desproporcionado» respecto al previsible valor de venta o, en cualquier caso, de valor inferior al previsible coste del procedimiento concursal; y, a su vez, tengan bienes gravados con cargas por valor superior al valor de mercado de dichos bienes, bien porque el bien se haya depreciado desde que se constituyó la garantía o su tasación fue incorrecta, bien porque la cuantía del crédito que garantizaba excedía de lo que razonablemente debía concederse atendiendo al valor del bien dado en garantía[1159] –escenario por todos conocido por ser el paradigmático de la crisis de 2008–.

En ese caso, de acuerdo con el art. 37 ter del TRLC, el juez dictará auto ordenando su remisión al BOE y al RPC para su publicación, con llamamiento a los acreedores que representen, al menos, el 5 por ciento del pasivo, para que en el plazo de 15 días puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente un informe razonando si existen indicios suficientes de que el deudor persona física (*i*) hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles; y (*ii*) de que su concurso pudiera ser calificado de culpable.

El nombramiento de administrador concursal se deja, así, a instancia de los acreedores y, en caso de que ningún legitimado formule la solicitud de nombramiento en plazo, se prevé que el deudor persona física pueda presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. El nombramiento del administrador concursal por el juez sólo se

[1159] Un ejemplo práctico de este escenario podría ser el de un deudor cuya vivienda tiene un valor de tasación de 350.000 euros, sobre la cual tiene constituida una hipoteca en garantía de una deuda de 400.000 euros. Por lo demás, cuenta con bienes embargables cuyo coste de realización es desproporcionado respecto de su valor de venta o que, en todo caso, su valor (5.000 euros) no cubre los gastos del procedimiento (12.000 euros).

contempla cuando lo hayan solicitado los acreedores que representen ese porcentaje de pasivo (cf. art. 37 quater TRLC[1160]), y por ningún otro motivo, como la necesidad de liquidar el patrimonio del deudor que solicite la exoneración; de modo que el juez pierde el control, no solo sobre el nombramiento de administrador concursal, sino sobre la propia liquidación del patrimonio del deudor, que queda en manos de la iniciativa de los acreedores[1161].

La norma no señala a qué modalidad de exoneración debería acogerse el deudor en ese caso, pero una interpretación sistemática del precepto y del art. 501 del TRLC lleva a concluir que se tratará de la modalidad de exoneración con liquidación de la masa activa, a pesar de que nos encontramos en los supuestos de «concurso sin masa en los que *no se hubiera acordado la liquidación* de la masa activa». No ha habido, por tanto, liquidación, a pesar de que el deudor cuente con ciertos bienes embargables libres de cargas –presumiblemente de escaso valor– y bienes embargables cuyas cargas exceden al valor de mercado de dichos bienes; lo que, a la postre, supone reconocer una *tercera modalidad* de exoneración –sin liquidación–.

A pesar de que una interpretación literal de los preceptos citados invita a concluir que existe la posibilidad de obtener la exoneración *sin liquidación* y *sin plan de pagos* en los concursos sin masa *ab initio* en los que no se nombre administración concursal, incluso aunque el deudor conserve ciertos bienes embargables, una interpretación sistemática y teleológica de la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho lleva a la conclusión contraria[1162]. El sistema previsto en la LRC presenta solo dos modalidades

[1160] El art. 37 quater.1 del TRLC fue objeto de la Enmienda número 31, de don Josep Maria Cervera Pinart (GPN) y de don Josep Lluís Cleries i Gonzàlez (GPN) en el Senado. La redacción que se proponía era la siguiente: «Artículo 37 quater. Solicitud de nombramiento de administrador concursal. El juez, mediante auto, procederá al nombramiento de mediador concursal para que emita el informe a que se refiere en el título anterior. En el mismo auto fijará la retribución por la emisión del informe encomendado, cuyo importe será crédito contra la masa. En caso de no existir masa suficiente su satisfacción corresponderá a todos los acreedores.» (cfr. BOCG, Senado, XIV Legislatura, Núm. 363, 13 de julio de 2022, pág. 27). Esta enmienda, aprobada por el Senado (cf. BOCG, Senado, XIV Legislatura, Núm. 371, 29 de julio de 2022, pág. 146), no fue sin embargo aprobada en el Congreso de los Diputados.

[1161] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 2 [en prensa].

[1162] Sostiene esta interpretación CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 7 [en prensa]; y, con anterioridad, "Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual", ob. cit. y "Ejecuciones hipotecarias y acceso al régimen de segunda oportunidad en caso de concurso sin masa activa", *Hay Derecho*, 6 de septiembre de 2022. En la misma línea, *vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 292.

de exoneración: con plan de pagos y sin liquidación de la masa activa; o con liquidación de la masa activa «si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa», sin distinguir entre insuficiencia de masa *ab initio* o sobrevenida (cfr. art. 486 TRLC). Este sistema transpone adecuadamente la DRI, que prevé la exoneración «en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos» (cfr. art. 2.1.10 DRI). La DRI no contempla una exoneración *sin liquidación* y *sin plan de pagos*.

La liquidación ha de comprender todo el patrimonio embargable del deudor, incluida su vivienda habitual[1163]. La inclusión del supuesto *d*) en el art. 37 bis del TRLC pretende, de alguna manera, amparar en casos de concursos sin masa *ab initio* la aplicación en esta sede de la interpretación jurisprudencial anterior a la LRC, que excluía en ciertos supuestos la realización de la vivienda habitual –a la que ya nos hemos referido en otro lugar[1164]–. De esta forma, el deudor podría obtener la exoneración inmediata (sujeta a un plazo de revocación de 3 años) sin ejecución de su vivienda habitual, por ser su valor inferior al de la garantía; mientras que, de acudir a la exoneración con plan de pagos y sin ejecución de la vivienda habitual, el plan de pagos se prolonga durante 5 años y, con ello, la obtención de la exoneración. En definitiva, esta interpretación solo violenta el nuevo sistema, pues se eliminan los incentivos para que el deudor llegue al concurso con masa activa y solicite la exoneración con plan de pagos[1165]. Por lo demás, más adelante analizaremos las consecuencias de esta interpretación en el tratamiento de los créditos con garantía real que –adelantamos– podría amparar a los acreedores hipotecarios irresponsables[1166].

Si bien debemos esperar que los jueces de lo Mercantil adopten criterios jurisprudenciales unificados para resolver esta cuestión, por el momento entiendo que no

[1163] En contra, *vid.* ESCOLÀ BESORA, M. E., quien considera aplicable la interpretación jurisprudencial anterior a la LCR que excluía la realización de la vivienda habitual en ciertos supuestos, tal y como hemos analizado en el Capítulo VI, epígrafe 2.1.1. ("La exoneración con liquidación de la masa activa. La posición de la vivienda habitual", *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 13, 2022, consultado en Smarteca, p. 8).

[1164] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.1.

[1165] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 7 [en prensa]; y, con anterioridad, "Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual", ob. cit. y "Ejecuciones hipotecarias y acceso al régimen de segunda oportunidad en caso de concurso sin masa activa", ob. cit.

[1166] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.4.

cabe identificar una *tercera modalidad* de exoneración, sino que el art. 501 del TRLC lo que prevé son distintos *dies a quo* para computar el plazo de solicitud de la exoneración, de modo que, aun cuando el concurso sin masa «no se hubiera acordado la liquidación de la masa activa», deberá nombrarse administrador concursal, a quien se le dará traslado de la solicitud de exoneración (cf. arts. 501.4 y 502.1 TRLC) y, no existiendo oposición, deberá liquidar los bienes embargables del deudor, incluidos los bienes gravados pues, como se ha dicho, «la liquidación no es un requisito para concluir un concurso por insuficiencia de masa, pero sí para obtener la exoneración» (cf. art. 486 TRLC)[1167].

3. Ámbito objetivo de la exoneración: los créditos no susceptibles de ser exonerados

3.1. Antecedentes normativos

El sistema de exoneración previsto en la LSOP se caracterizó por la identificación de las deudas exonerables en función de su clasificación concursal –criterio mantenido desde la LEI–; y por diferenciar las deudas susceptibles de exoneración en función del régimen al que se acogieran para obtenerla –y, en último término, de su capacidad de pago–[1168]; razones por las que había recibido la crítica de la doctrina[1169].

El TRLC en su redacción original corrigió este fallo del sistema, y estableció que el deudor que cumpliese el presupuesto objetivo del régimen general podría obtener la exoneración de la totalidad de los créditos ordinarios (salvo que, pudiendo, no hubiese intentado un AEP, en cuyo caso la exoneración abarcaría el 75 por ciento de esta clase de créditos), y la totalidad de los subordinados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos (cf. art. 491 TRLC); también en el caso de que el deudor no hubiese

[1167] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 8 [en prensa].

[1168] De acuerdo con la LSOP, el art. 178 bis.5 de la LC establecía que «los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3» (aquellos que se sometieran a un plan de pagos por no poder abonar en el procedimiento el umbral de pasivo mínimo del apartado 4º) podían exonerarse los créditos ordinarios y subordinados, «excepto los créditos de derecho público y por alimentos». Una interpretación literal del precepto implicaba que los deudores con mayor capacidad de pago que abonasen el umbral de pasivo requerido (cf. art. 178 bis.3. 4º LC) podían obtener la exoneración del crédito público ordinario (cf. art. 91. 4º LC) o subordinado (*v.gr.* multas y sanciones pecuniarias, cf. art. 92. 4º LC), y las deudas por alimentos (cf. art. 92. 5º LC). Si bien es cierto que la posibilidad de quedar exonerado del pago del crédito público resultaba muy limitada, pues la mayor parte del crédito público se considera privilegiado (cf. arts. 90.1 y 91. 4º LC), la norma discriminaba a los deudores con menor capacidad de pago.

[1169] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 123-128.

intentado un AEP, de acuerdo con una interpretación teleológica del precepto[1170]. Por su parte, los deudores que se acogiesen al régimen especial, podían obtener la exoneración de los créditos ordinarios –salvo «la parte que incluya el plan» (cf. art. 495.1 TRLC) que, entendemos, se refería al 25 por ciento no exonerable por no haber intentado un AEP pudiendo hacerlo[1171]– y subordinados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos, y el importe de los créditos con privilegio especial que no hubiese podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general (cf. art. 497 TRLC).

Por tanto, conforme al TRLC original, la exoneración de los créditos de derecho público y los créditos por alimentos quedaba excluida en todo caso, al margen de su clasificación concursal e independientemente del régimen de exoneración al que se acogiese el deudor[1172]. El TRLC acababa con la injustificada diferencia entre los deudores que abonasen un umbral de pasivo y los que se acogiesen a un plan de pagos, si bien lo hacía excediéndose en las facultades concedidas a la Comisión General de Codificación para la refundición[1173]. De esta forma solucionaba uno de los problemas causados por la identificación de las deudas exonerables atendiendo a la clasificación de los créditos en el concurso, si bien persistían otros, como la exoneración que pesaba sobre los créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado[1174] por su cuestionable

[1170] Conforme a una interpretación teleológica de la norma, que pretendía penalizar al deudor que –pudiendo– no hubiese intentado un AEP, debía descartarse que, dado que el art. 491.2 del TRLC no recogía expresamente la exclusión del crédito público y por alimentos de la extensión de la exoneración cuando el deudor que abonase un umbral de pasivo no hubiese intentado un AEP, entonces podría exonerase, pues ello habría beneficiado al deudor mediante la exoneración del crédito público. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 10.

[1171] En este sentido, *vid.* CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., p. 335.

[1172] Esto no significaba que debieran haber sido abonados, pues ello pudiera contravenir el orden de prelación de créditos para su pago (por ejemplo, en el caso de créditos públicos subordinados, si la masa activa era insuficiente para satisfacer íntegramente los créditos ordinarios; cf. art. 435 TRLC). En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración.", ob. cit., p. 752.

[1173] En el mismo sentido *vid*. CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 9-10).

[1174] *Vid.* Art. 282 del TRLC, que establece las personas consideradas especialmente relacionadas con el concursado persona natural, atendiendo al ámbito de nuestro estudio.

subordinación (cf. art. 281.1. 5º, con las excepciones previstas en el art. 281.2 TRLC)[1175]; que mereció su excepción en el marco de las medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19, precisamente por la importancia que tienen en nuestro contexto socioeconómico las ayudas familiares en momentos de crisis[1176].

En definitiva, con el régimen del TRLC, tanto si el deudor solicitaba la exoneración conforme al régimen general, como si la solicita conforme al régimen especial, el umbral de pasivo que debería abonar –directamente, en el concurso o, de forma diferida, en cumplimiento del plan de pagos–, era muy elevado. El pago de los créditos contra la masa, los privilegiados y, en su caso, un 25 por ciento de los ordinarios, además del crédito público –cualquiera que fuera su clasificación– y los créditos por alimentos; sin distinguir entre acreedores (financieros, proveedores, pymes, autónomos, etc.), ni entre las circunstancias en que se hubiese otorgado el crédito (*v. gr*. préstamo responsable), parecía alejado de la realidad socioeconómica y constreñía sobremanera el acceso a la segunda oportunidad.

Las deudas no exonerables deben ser las menos posibles[1177] para que el régimen sea eficaz. El carácter restrictivo del régimen de segunda oportunidad se evidenciaba, por tanto, de forma clara en este aspecto de la regulación; más aún si tenemos en cuenta que la exoneración del pasivo exonerable se supeditaba precisamente al pago de este alto

[1175] Llama la atención sobre este fallo de la regulación CUENA CASAS, M.: «Pues bien, este planteamiento, erróneo a mi juicio, conduce a resultados intolerables cuando se vincula a la exoneración de deudas la clasificación del crédito. Así, en España el impago de pensiones compensatorias por desequilibrio económico a favor de un cónyuge que lo era dentro de los dos años antes de la declaración de concurso, es crédito subordinado y por tanto, exonerable; la indemnización de daños y perjuicios que el concursado debe a un tercero es crédito privilegiado (art. 280.5º TRLC) y no será exonerable, pero si el concursado, por ejemplo, a quien causó daños es a su mujer o a su padre, el crédito es subordinado y por tanto, podrá ser exonerado con base en el art. 491 TRLC, algo que no sucede en ningún país civilizado.» (cfr. "Artículo 491. Extensión de la exoneración: Comentario", VEIGA COPO, A. B. (Dir.) / MARTINEZ MUÑOZ, M. (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 940).

[1176] El art. 7 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19/09/2020), prevé que los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, concedidos al deudor desde la declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, por personas especialmente relacionadas con él, y aquellos créditos en que se hubieran subrogado las personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de haber abonado créditos ordinarios o privilegiados por cuenta del deudor desde la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos ordinarios, sin perjuicio de los privilegios que les pudieran corresponder, en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive.

[1177] « The discharge should, as far as possible, cover all the debtor's debts. Exceptions for taxes, fines, damages are not recommended. » (cfr. REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 250).

umbral de pasivo no exonerable[1178]. La condición de pago de un umbral de pasivo para obtener la exoneración pudiera estar justificada, pero el umbral debe quedar determinado en función de las circunstancias del deudor[1179] y del acreedor.

3.2. El nuevo paradigma de la LRC: la plena exoneración del deudor

La LRC introduce no solamente un nuevo planteamiento de la extensión de la exoneración, unificándola con independencia de la modalidad conforme a la cual el deudor solicite la exoneración; sino también un nuevo paradigma, en línea con la DRI: la exoneración se extiende a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo aquellas expresamente excepcionadas en la ley con base en la «especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria», o en «las sinergias o externalidades negativas que podrían derivar de la exoneración»[1180]. A su vez, la LRC corrige la identificación de las deudas exonerables en función de su clasificación concursal, lo que soluciona muchos de los problemas que causaba este cuestionable criterio.

Con la regulación de la LRC para la transposición de la DRI se introduce una mejora notable, y es que se elimina el requisito de abono de pasivo mínimo no exonerable para poder obtener la exoneración del pasivo exonerable, tal y como ocurría en la LSOP y el TRLC original. De esta forma, los acreedores titulares de créditos no exonerables mantienen la plenitud de sus acciones contra el deudor (cf. art. 490 TRLC) que, en todo caso, habrá obtenido la exoneración del resto de sus deudas. Estas deudas no exonerables deberán ser abonadas tanto si el deudor carece de masa activa o esta ha sido liquidada en el concurso[1181], como si se aprueba un plan de pagos, sin liquidación de su patrimonio.

[1178] Destaca este aspecto respecto del régimen general CUENA CASAS, M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración: Comentario", ob. cit., p. 939.

[1179] En este sentido, *vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 250.

[1180] Cfr. Apartado IV del Preámbulo de la LRC.

[1181] Con la regulación de la LSOP se puso en duda este criterio. Dado que el art. 176 bis.3 de la LC recogía la posibilidad de que el deudor solicitase la exoneración del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, se planteó que la exoneración podría llegar a alcanzar a la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales que no hubiesen sido satisfechos en la liquidación. Así lo defendieron los Jueces de lo Mercantil en sus criterios sobre la aplicación del art. 178 bis de la LC: «Para ambos supuestos, cumplidos los requisitos y sin perjuicio del régimen de revocación, también consideramos importante destacar que la exoneración puede alcanzar a la totalidad de los créditos concursales y créditos contra la masa que no hayan sido satisfechos con la liquidación.» (cfr. AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.).

El art. 489 del TRLC de acuerdo con la LRC enumera de forma taxativa los créditos excluidos de la exoneración.

La primera y segunda exclusión de la exoneración son «las deudas por responsabilidad civil extracontractual, por muerte o daños personales, así como por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare» y «las deudas por responsabilidad civil derivada de delito» (cf. art. 489.1. 1º y 2º TRLC)[1182]. La lógica de estas excepciones, presentes en mayor o menor medida en la mayoría de las jurisdicciones[1183], no es sólo la indemnidad de la víctima, sino también penalizar la conducta del deudor; así lo demuestra el hecho de que, aun cuando la reparación del daño corriera a cargo de una compañía de seguros, el crédito de repetición se considere no exonerable (cf. art. 494 TRLC)[1184].

Una lógica similar tiene la sexta exclusión, referida a «las deudas por multas a que hubiera sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves» (cf. art. 489.1. 6º TRLC). Se trata de deudas punitivas que no deben ser exoneradas pues, como se ha dicho, la segunda oportunidad pretende solventar situaciones de sobreendeudamiento pasivo, no exonerar deudas nacidas de las conductas

[1182] La LRC desglosa este supuesto de exclusión, que en el ALRC estaba previsto como «deudas por responsabilidad civil extracontractual, incluida la derivada del delito, por muerte o daños personales, así como por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.».

[1183] *Vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., p. 138; WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 122.

[1184] El art. 494 del PLRC establece los efectos del pago por terceros de la deuda no exonerable o no exonerada: «1. Quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de pago de la totalidad o parte de deuda no exonerable o no exonerada, adquirirán por el pago los derechos de repetición, regreso y subrogación frente al deudor y frente a los obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados por causa legal o contractual respecto de la deuda.

2. Lo previsto en el apartado 1 se aplicará igualmente, en los términos establecidos en la legislación civil, en caso de pago voluntario hecho por tercero de deuda no exonerable o no exonerada.».

Con esta redacción se aclara la confusión generada por el art. 494 del ALRC, que parecía excepcionar esta regla en los siguientes términos: «3. Por excepción a lo contemplado en el apartado primero, quien satisfaga la deuda no exonerable a que se refieren los ordinales 1º y 3º del artículo 489.1 conservará sus derechos de repetición, regreso y subrogación respecto del deudor, y, en todo caso, mantendrá sus derechos respecto de los obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados por causa legal o contractual respecto de esa deuda.». La errónea redacción del precepto sólo podía conducir a confirmar la regla del apartado 1 (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 58) y, en efecto, el PLRC eliminó el apartado 3 del precepto.

reprobables de los deudores[1185]. Con ello se soluciona el defecto de la regulación anterior, que permitía al deudor exonerarse esta clase de deudas al estar clasificadas como créditos subordinados (cf. arts. 491 y 497, en relación con el art. 281 TRLC)[1186].

Como tercera exclusión, la LRC mantiene la no exoneración de las deudas por alimentos (art. 489.1. 3º TRLC), tal y como se preveía en el TRLC original en la línea del resto de ordenamientos que prevén la exoneración[1187], tras subsanar el error de la LSOP de permitir la exoneración de esta clase de créditos a los deudores con mayor capacidad de pago, tal y como hemos adelantado. Por lo demás, conviene destacar el reforzamiento en la LSOP de la protección de los créditos por alimentos, que se consideran créditos contra la masa en todo caso, tanto los devengados antes como los devengados después de la declaración de concurso (cf. art. 242.1. 3º TRLC).

Como quinta excepción a la exoneración (cf. art. 489.1. 5º TRLC), la LRC excluye de la exoneración las deudas por créditos de Derecho público, salvo aquellas cuya recaudación sea competencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que podrán exonerarse hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor (íntegramente para los primeros cinco mil euros y, a partir de dicha cifra, al 50 por ciento de la deuda hasta el máximo de la cuantía indicada); y las deudas por créditos en seguridad social, que podrán exonerarse por el mismo importe y en las mismas condiciones antedichas. Además, el importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad. Estos límites a la exoneración del crédito público serán, en cualquier caso, aplicables únicamente en la primera exoneración que solicite el deudor, pues en las sucesivas no será exonerable importe alguno de crédito público (cf. art. 489.3 TRLC).

[1185] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 62.

[1186] En la tramitación parlamentaria del PLRC, el Grupo Parlamentario Plural propuso en sus enmiendas núm.139 y 140 la supresión del apartado 6º del art. 489.1 PLRC señalando «que las sanciones administrativas no dejan de ser créditos públicos, por lo que quedarían englobadas en el ordinal 5.º del artículo 489.1 del que se propone la supresión.». Por su parte, el Grupo Parlamentario Ciudadanos propuso en su enmienda núm. 40 la supresión de la referencia a «sanciones administrativas muy graves» porque «las multas administrativas que no deriven de procesos penales, aun cuando sean las muy graves, carece de amparo en la Directiva.». *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1187] *Vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., p. 138; WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 121.

Dada la controversia que genera la exoneración del crédito público, analizamos esta exclusión en profundidad más adelante[1188].

En cuarto y séptimo lugar, se excluyen de la exoneración «Las deudas por salarios correspondientes a los últimos sesenta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, así como los que se hubieran devengado durante el procedimiento, siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial» (cf. art. 489.1. 4º TRLC), y «Las deudas por costas y gastos judiciales derivados de la tramitación de la solicitud de exoneración» (cf. art. 489.1. 7º TRLC). Con ello se limita la excepción a la exoneración de los créditos contra la masa, que conforme a la regulación de la LSOP y del TRLC original resultaban no exonerables en toda su extensión. Por lo demás, llama la atención que se permita al deudor exonerarse el crédito del FOGASA por haberse subrogado en la posición del acreedor laboral (cf. art. 310.2. 1º TRLC), teniendo en cuenta el blindaje al crédito público en la LRC.

En último lugar, quedan excluidas de la exoneración «Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial, calculado conforme a lo establecido en esta Ley» (cf. art. 489.1. 7º TRLC). Este límite coincide con el valor de la garantía, para cuyo cálculo se parte del valor razonable del bien (cf. art. 273 TRLC) con las deducciones que se recogen en el art. 275 TRLC. Por tanto, el deudor podrá exonerarse la deuda subsistente tras la ejecución de la garantía real en sede de liquidación, tal y como se preveía en el TRLC original, o la parte de la deuda que exceda del valor de la garantía, sin ejecución del bien gravado, en el marco de la exoneración con plan de pagos. De esta forma, se priva al sistema de su eficacia para el fomento del préstamo hipotecario responsable, cuestión que abordamos en detalle más adelante[1189].

Finalmente, se excluyen de exoneración otras deudas que el juez excepcionalmente declare que no son total o parcialmente exonerables cuando sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del derecho de crédito (cf. art. 489.2 TRLC). Con esta previsión se preserva el «interés equitativo del acreedor», tal y como

[1188] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.3.

[1189] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.4.

dispone el art. 20.2 de la DRI; alusión que no estaba presente en la propuesta de DRI[1190], pero parece oportuna para tener en cuenta la situación en la que pueden encontrarse ciertos acreedores económicamente dependientes del deudor, a quienes la exoneración podría conducirles a su propia insolvencia[1191], en línea con lo previsto también en el art. 23.2.f) de la DRI[1192]. Tal y como ha apuntado el Banco Mundial, esta cuestión es uno los factores que deben tenerse en cuenta al diseñar el sistema de tratamiento de la insolvencia[1193]. Se trata, por tanto, de una medida razonable, que además permitiría eventualmente excluir de exoneración los créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado[1194], tal y como se ha hecho en el marco de las medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19[1195]. Sin embargo, cabe destacar la dificultad que entraña la prueba de la relación de causalidad entre la exoneración y la insolvencia del acreedor, pues en esta última suelen incidir distintos factores[1196]. Entiendo que, en todo caso, el acreedor deberá hacer valer esta circunstancia en el trámite de alegaciones

[1190] *Vid.* Art. 19.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, Estrasburgo, 22.11.2016 [COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)]].

[1191] Entiende CUENA CASAS, M. que, si bien probablemente la inclusión de esta referencia en el Parlamento Europeo es consecuencia de la presión del lobby bancario, «Cabe entender que con esta previsión se pretendía establecer una prelación en el pago de las deudas valorando la situación de los acreedores y los perjuicios que pueden padecer.» (cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 10).

[1192] El art. 23.2.f) de la DRI dispone: «Como excepción a lo dispuesto en los artículos 20 a 22, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen una exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas, como en los casos siguientes: […] f) cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores.».

[1193] *Vid*. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 19. Con anterioridad, *vid.* HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", ob. cit., pp. 222-223. En esta línea, se ha llegado incluso a proponer el *fresh start* sólo respecto de acreedores profesionales (*vid.* JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: "El fresh start, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3, de Barcelona, de 26 de octubre de 2010", ob. cit., p. 553).

[1194] *Vid.* Art. 282 del TRLC, que establece las personas consideradas especialmente relacionadas con el concursado persona natural, atendiendo al ámbito de nuestro estudio.

[1195] *Vid.* Nota al pie 1176.

[1196] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 56. *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 4.1.4, donde analizamos la dificultad probatoria de la relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y la insolvencia del prestatario que, *mutatis mutandis*, puede aplicarse a esta cuestión.

previo a la concesión de la exoneración (cf. arts. 498.1 y 501.4 TRLC), aunque habría sido conveniente que la norma lo hubiese establecido expresamente.

3.3. La exclusión de la exoneración del crédito público: la vulneración de la plena exoneración exigida por la DRI

Como hemos adelantado, la LRC excluye de la exoneración las deudas por créditos de derecho público[1197], si bien permite la exoneración de aquellas cuya recaudación sea competencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria –o de las Haciendas forales[1198]–, que podrán exonerarse hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor (íntegramente para los primeros cinco mil euros y, a partir de dicha cifra, al 50 por ciento de la deuda hasta el máximo de la cuantía indicada); y las deudas por créditos en seguridad social, que podrán exonerarse por el mismo importe y en las mismas condiciones antedichas (cf. art. 489.1. 5º TRLC). Además, el importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad. Estos límites a la exoneración del crédito público serán, en cualquier caso, aplicables únicamente en la primera exoneración que solicite el deudor, pues en las sucesivas no será exonerable importe alguno de crédito público (cf. art. 489.3 TRLC).

Hasta ahora, la exclusión del crédito público ha sido una constante en la regulación de la exoneración. Así lo establecía el TRLC en su redacción original, tanto de acuerdo con el régimen general (cf. art. 491 TRLC, siguiendo una interpretación teleológica[1199]),

[1197] Por «créditos de derecho público» debemos entender los señalados en el párrafo segundo del art. 5.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE núm. 284, de 27/11/2003): «2. (…) Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas.»; teniendo en cuenta la doctrina de la STS de 16 de julio de 2013 (STS 3877/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3877) sobre los créditos señalados en el art. 91.4º de la LC (art. 280.4º del TRLC): «La ubicación sistemática de esta mención a los "demás (créditos) de derecho público", a continuación de la referencia a los créditos tributarios y antes de que se añada "así como los créditos de la Seguridad Social", permite equiparar la referencia completa a "(l)os créditos tributarios y demás de Derecho público" con la contenida en el art. 5.2 Ley General Presupuestaria (LGP) a los "derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal", que comprende "los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas". De este modo, los "demás créditos de derecho público" mencionados en el art. 91. 4 LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas.».

[1198] Cf. Disposición adicional primera del TRLC introducida por el apartado ciento cincuenta y siete del art. Único de la LRC.

[1199] *Vid.* Nota al pie 1170.

como de conformidad con el régimen especial (cf. art. 497 TRLC). De esta forma, se aclaraba la criticable regulación de este aspecto en la LSOP, que establecía esta exclusión solamente para los deudores con menor capacidad de pago (cf. art. 178 bis.5 LC).

La aclaración del TRLC original con respecto a la no exoneración del crédito público en el régimen general –que no estaba presente en la propuesta de TRLC[1200]– trae causa de la confusión generada por la Sentencia 381/2019, del Pleno de la Sala de lo Civil del TS, de 2 de julio[1201], que consideró que el crédito público resultaba exonerable cuando el deudor se acogía a un plan de pagos, tratando de este modo de evitar la diferencia de trato de estos deudores con respecto a aquellos que abonaban inmediatamente un umbral de pasivo, que podían exonerarse esta clase de créditos. Sin embargo, este

[1200] La propuesta de TRLC establecía en su art. 490.3 que en el régimen general «En todo caso, la exoneración incluirá a los créditos de Derecho público.» (*vid.* Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Comisión General de Codificación, 6 de marzo de 2017).

[1201] La STS 381/2019, de 2 de julio (STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253) desestima el recurso de casación interpuesto por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) contra la SAP de Palma de Mallorca (secc. 5) de 21 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la SJM Nº 1 de Palma de Mallorca de 2 de diciembre de 2015, que desestimó la demanda interpuesta por la AEAT en la que se oponía a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho presentada por el concursado, entre otros motivos, por no haberse acreditado el pago de los créditos contra la masa y privilegiados de la AEAT. A dicha demanda incidental el concursado contestó allanándose parcialmente y proponiendo un plan de pagos de los créditos contra la masa y privilegiados de la EAT. El JM admitió la alteración de la solicitud de exoneración de pasivo –inicialmente presentada conforme al art. 178 bis.3. 4º LC– y apreció el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 178 bis.3. 5º de la LC para la exoneración. A pesar de que los créditos de la AEAT no se habrían visto afectados por la exoneración, por tratarse de créditos contra la masa y privilegiados, el acreedor mantiene su oposición a la exoneración y, tras desestimarse el recurso de apelación contra la sentencia de la instancia, la AEAT plantea recurso de casación, entre otros motivos, por la infracción del art. 178 bis.6 de la LC, que imposibilita que el plan de pagos pueda acordar aplazamientos o fraccionamientos del crédito público. Esta es la cuestión objeto de la litis, y que el TS resuelve desestimando el motivo, pues entiende que «Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. […] bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial.». Sin embargo, antes de abordar esta cuestión, el TS se pronuncia sobre el alcance de la exoneración –aunque esta cuestión no se había planteado–, y declara al respecto: «[…] Esta norma [art. 178 bis.5 LC] debe interpretarse sistemáticamente con el alcance de la exoneración previsto en el ordinal 4.º del apartado 3. Para la exoneración inmediata, si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, habrá que haber pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado. […] Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la "plena exoneración de deudas", debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados.». Por tanto, de acuerdo con esta –cuestionable– interpretación del TS, el crédito público ordinario o subordinado podrá ser exonerado cuando el deudor solicite la exoneración aceptando el cumplimiento de un plan de pagos de la deuda no exonerable; a pesar de que el art. 178 bis.5 de la LC excluye expresamente de la exoneración el crédito público y el crédito por alimentos. Comenta de forma crítica la sentencia CUENA CASAS, M.: "Segunda oportunidad y crédito público", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 87, septiembre - octubre 2019.

bienintencionado pronunciamiento carecía de base legal[1202], pues el art. 178 bis.5 de la LC excluía expresamente de la exoneración el crédito público. Esta resolución, y otras interpretaciones doctrinales[1203] que pretendían salir al paso de la desafortunada regulación de la LSOP[1204], propiciaron que la Comisión General de Codificación abordase esta cuestión en el TRLC. Lamentablemente, este exceso en las tareas de refundición generó

[1202] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 9. Se ha destacado, además, que esta STS carece de los elementos formales para poder ser considerada jurisprudencia, pues se trata de un único pronunciamiento no reiterado, no indica si es una solución al supuesto de hecho enjuiciado o una doctrina de la sala, y realiza consideraciones que van más allá de las cuestiones planteadas por las partes (*vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración.", ob. cit., p. 751).

[1203] *Vid*. DE LA MORENA SANZ, G., que interpretaba que, en el marco del concurso, «crédito público» es solo el privilegio general y especial (art. 94.2. 2º LC), por lo que entiende que «la exoneración debería alcanzar a los créditos ordinarios y subordinados de derecho público contrariamente a lo que afirma el art. 178 bis 5. 1º LC el beneficio se extenderá a los créditos ordinarios y subordinados (sobra excepto los créditos de derecho público).» (cfr. "Dificultades y problemas a resolver para conseguir la exoneración del pasivo insatisfecho", *Blog De la Morena Abogados*, sin fecha). Entiendo que esta bienintencionada interpretación no podía sostenerse a la vista de la literalidad del precepto. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración: Comentario", ob. cit., p. 944.

[1204] La doctrina ha destacado que la redacción del art. 178 bis.5 de la LC no responde a un error del legislador, sino a una opción legislativa de «discriminar negativamente al deudor que se acogía a un plan de pagos para disuadirle de usar el BEPI» con el fin de incentivar que el deudor llegara con suficiente masa al concurso en beneficio de los acreedores (*vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración: Comentario", ob. cit., p. 945). Sobre el contexto político en el que se adoptó la LSOP, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 67-69.

una indeseable reacción en el ámbito jurisdiccional, y algunos jueces alegaron exceso *ultra vires* para inaplicar el TRLC[1205].

La posibilidad de obtener la exoneración de una parte del crédito público no estaba prevista en el ARLC[1206], y el PLRC mantuvo esta exclusión, salvo para las deudas cuya recaudación fuera competencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y las deudas por créditos en Seguridad Social, hasta un importe máximo de mil euros por deudor, respectivamente y de forma cumulativa. Se trataba de una exigua concesión a la exoneración del crédito público que no representaba una mejora notable para los empresarios. Se introducía, eso sí, una apreciable distinción entre el crédito público derivado de la actividad ordinaria del deudor (*v. gr.* crédito tributario), que debía ser

[1205] Esta línea de actuación fue iniciada por el magistrado Raul Nicolas Garcia Orejudo en el AJM Nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020 (AJM B 32/2020 - ECLI:ES:JMB:2020:32A), en el cual considera que el TRLC «introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4º, lo que supone un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición», por lo que lo inaplica; alegando, sin embargo, que «La inaplicación del art. 491 supone que el TR mantenga, en lo que se refiere al régimen especial, la misma dicción literal en el art. 497, aunque con diferente sistemática, que los arts. 178 bis 5 y 6, que fueron interpretados por la STS de 2 de julio de 2019, en el sentido que se ha expuesto.». Por tanto, el magistrado inaplica el precepto del TRLC por exceso *ultra vires*, pero acoge el exceso interpretativo del TS (*vid.* Nota al pie 1201), actuación defendida por SANCHO GARGALLO, I. (*vid.* "Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia", *Anuario de derecho concursal*, Nº 51, 2020, pp. 27-34, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas), que ha merecido la certera crítica de otros magistrados (*vid.* MUÑOZ PAREDES, A.: "Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo", ob. cit., pp. 2-3) y de la doctrina (*vid.* CUENA CASAS, M.: "Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020).", *Hay Derecho*, 28 de septiembre de 2020; "Artículo 491. Extensión de la exoneración: Comentario", ob. cit., pp. 946-948; RUBIO VICENTE, P. J.: "Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 1, 2021, p. 93). Numerosas resoluciones (la base de datos del Centro de Documentación Judicial – CENDOJ muestra más de trescientas) siguen la argumentación del auto citado, en particular en los Juzgados de lo Mercantil (Nº 1, 3, 5, 9, 10, 11 y 12) de Barcelona, y otros muchos, como los Juzgados de Primera Instancia Nº 6 de Logroño y Nº 3 de Albacete; que ha sido respaldada por el magistrado José María Fernández Seijo en el AAP de Barcelona, secc. 15, 112/2021, de 17 de junio (Roj: AAP B 5058/2021 - ECLI:ES:APB:2021:5058A) [comenta la resolución CERVERA MARTÍNEZ, M.: "Comentario a la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 17 de junio de 2021 sobre la extralimitación del TRLC en la exoneración pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 4, noviembre 2021, pp. 445-453]. Se mostraba crítico FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., aunque sin pronunciarse con contundencia, en "Artículo 491. Extensión de la exoneración.", ob. cit., pp. 751-752). Se limita a describir la controversia SENENT MARTÍNEZ, S.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. T. I, 2ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, p. 2106. Considera que no se ha incurrido en exceso *ultra vires* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, Colección Claves Prácticas, Ed. Francis Lefebvre, 2020, pp. 111-112.

[1206] *Vid.* Art. 489.1. 4º del TRLC en su redacción dada por el ALRC.

exonerable, y el crédito público de origen extraordinario (*v. gr*. crédito por sanciones y derivaciones de responsabilidad por deudas de terceros), que nunca debe exonerarse[1207].

La importancia de la exoneración del crédito público para que los empresarios puedan obtener una segunda oportunidad motivó que este fuera uno de los aspectos más controvertidos del régimen de exoneración de la LRC durante su tramitación parlamentaria[1208].

La exclusión del crédito público del ámbito de la exoneración resulta gravemente discriminatoria con respecto al resto de acreedores y limita la virtualidad de la segunda oportunidad. El objetivo de la regulación es recuperar al deudor para la actividad económica, y excepcionar de la exoneración el crédito público dificulta su consecución[1209]. El blindaje al crédito público en la regulación hasta ahora vigente, no sólo en el ámbito de la exoneración, sino también en la de los AEP (cf. art. 683.2

[1207] *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "La exoneración del crédito público en los procedimientos de «segunda oportunidad»", *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020.

[1208] Durante la tramitación parlamentaria del PLRC, se propuso la supresión de esta exclusión en las enmiendas núm. 40 del Grupo Parlamentario Ciudadanos, núm. 64 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), núm. 139 y 287 del Grupo Parlamentario Plural, núm. 225 del Grupo Parlamentario Republicano, y núm. 423 del Grupo Parlamentario Popular. Alternativamente, se planteó la modificación del precepto para incluir limitaciones a la exclusión del crédito público en las enmiendas núm. núm. 66, 67 y 68 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y núm. 140 del Grupo Parlamentario Plural. La enmienda núm. 339 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, planteó la exoneración de las deudas de derecho público hasta un importe máximo de 15.000 euros por deudor. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

[1209] *Vid.* HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", ob. cit., pp. 1071.

TRLC)[1210], dificultaba gravemente que los empresarios pudieran obtener una segunda oportunidad. No hay que olvidar que el crédito público es, habitualmente, el más gravoso para los autónomos y pequeños empresarios cuyo patrimonio personal responde de las deudas de su pyme[1211]. Así lo ha puesto de manifiesto el Banco Mundial, que ha destacado la importancia de la exoneración de esta clase de deudas, presente en la mayoría de las jurisdicciones en cierta medida[1212].

Con la exclusión del crédito público del ámbito de la exoneración, nuestro sistema perjudicaba a los empresarios frente a los consumidores[1213], pues los primeros son quienes soportan en mayor medida deudas tributarias y de Seguridad Social. Además, les colocaba en inferioridad de condiciones respecto de los empresarios personas jurídicas, y respecto de los empresarios de otros Estados miembros donde sí es posible exonerarse el

[1210] No hay razón para que la Administración Pública no pueda negociar las medidas propuestas por el deudor en el marco de los acuerdos preconcursales, y ello es fundamental para que constituyan una verdadera salida convencional a la crisis del deudor pues, de otro modo, la posibilidad de iniciar o continuar ejecuciones sobre estos créditos puede poner en entredicho la utilidad del acuerdo. El FMI ha criticado la exclusión del crédito público del AEP, pues desincentiva a otros acreedores a acudir voluntariamente al expediente y favorece que el deudor destine al pago del crédito público recursos que deberían ser destinados a atender otros créditos, teniendo en cuenta, además, que las consecuencias negativas para las arcas públicas no resultarían significativas y bien podrían compensarse con la carga impositiva de los empresarios que verían superada su crisis financiera (*vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain: Selected Issues", *IMF Country Report No. 15/233*, August 2015, pp. 75, 82, 84 y 87). Este fallo de la regulación de los AEP ya había sido destacado con anterioridad por el FMI (*vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain: Selected Issues", *IMF Country Report No. 14/193*, July 2014, pp. 38-40). En todo caso, el posible impacto en la Hacienda Pública pudiera darse al exonerarlo como parte del pasivo pendiente tras la conclusión del concurso de acreedores, pero no necesariamente al verse afectado por el AEP; y, en cualquier caso, el crédito público podrá verse afectado por el plan de pagos del régimen especial de exoneración (*vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.; STS 381/2019, de 2 de julio (STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253; nota al pie 1201); PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 254-255), por lo que no se entiende que no pueda igualmente incluirse en el ámbito del AEP, al menos en materia de esperas.

[1211] Un estudio del Consejo General de Economistas destaca que el peso del crédito público en los concursos de micropymes es muy intenso. Así, el crédito público (AEAT y Seguridad Social) se concentra especialmente en empresas con un pasivo de menos de cinco millones de euros, representando el 20 por ciento de los créditos; llegando al 32,5 por ciento en concursos con pasivo a inferior a un millón de euros. *Vid.* CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS: «Conclusiones estudio Consejo General Economistas "Análisis de la PYME en la reforma concursal y la incidencia del crédito público" 16 de julio de 2014».

[1212] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, pp. 122-123.

[1213] *Vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 8.

crédito público (ej.: Italia[1214]). Ello afectaba a la competitividad de nuestro país, pues desincentivaba el emprendimiento y, a la postre, la inversión, con consecuencias en el empleo y el déficit público[1215]. Por lo demás, el TJUE ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de la exoneración del crédito público y el régimen de ayudas del Estado[1216].

Los anteriores motivos dejan sin justificación la exclusión del crédito público, y mantenerla vulnera la DRI pues, si bien la Directiva deja discrecionalidad a los Estados Miembros sobre las deudas susceptibles de ser excluidas de exoneración, señala que las

[1214] En Italia solo se excluyen de la exoneración las deudas por sanciones administrativas y las deudas tributarias que deriven de comprobaciones posteriores a la apertura del procedimiento –aunque tengan una causa anterior– como consecuencia del conocimiento de nuevos hechos (*vid.* Art. 14-terdecies Legge 27 gennaio 2012, n. 3; en su redacción vigente en julio de 2022).

[1215] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., pp. 40, 59, 62; SENDRA ALBIÑANA, A.: "A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad (Análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal)", *La Ley Insolvencia*, nº 7, 2021, consultado en Smarteca, p. 8.

[1216] El TJUE ya ha aclarado que la exoneración de deudas de derecho público no supone una distorsión para la competencia en el mercado interior. *Vid.* STJUE (Sala Séptima) de 16 de marzo de 2017, en el asunto C-493/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) en el procedimiento entre Agenzia delle Entrate y Marco Identi, y aclara que «el Derecho de la Unión, en particular el artículo 4 TUE, apartado 3, y los artículos 2 y 22 de la Sexta Directiva, así como las normas en materia de ayudas de Estado, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que unas deudas de IVA sean declaradas inexigibles con arreglo a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece un procedimiento de liberación de las deudas en virtud del cual un órgano jurisdiccional puede, bajo determinadas condiciones, declarar inexigibles las deudas de una persona física que no se han satisfecho al término del procedimiento concursal del que ha sido objeto dicha persona». Señala al respecto CUENA CASAS, M. que el TJUE fundamenta su decisión en el riguroso control de la buena fe del deudor merecedor de la exoneración, por lo que cabía cuestionarse que el régimen previsto en el art. 178 bis de la LC cumpliese tal requisito, dada su laxitud en los requisitos de la buena fe y la confusión entre la capacidad económica del deudor y el comportamiento del deudor (*vid.* "Crédito público exoneración del pasivo insatisfecho", RUDA GONZÁLEZ, A. / JEREZ DELGADO, C. (Dirs.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Vol. I. Derecho civil y Derecho procesal civil, Ed. Sepín, Las Rozas, 2020, p. 411). El régimen del TRLC soluciona el segundo de estos inconvenientes, y el PLRC introduce un mayor rigor en el control de la conducta del deudor, por lo que la exclusión de la exoneración del crédito público no podrá ampararse en que la misma pueda contravenir el régimen de ayudas del Estado, de acuerdo con el criterio del TJUE.

exclusiones deben estar «debidamente justificadas»[1217]; pero la justificación que se ha dado formalmente en la Exposición de Motivos de la LRC resulta poco convincente[1218], hasta tal punto de que ya se están planteando cuestiones prejudiciales ante el TJUE en

[1217] El art. 23.4 de la DRI establece: «Los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, *como en los siguientes casos*: a) deudas garantizadas; b) deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas; c) deudas derivadas de responsabilidad extracontractual; d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.». La redacción del precepto en su versión en español responde a una corrección de errores (*vid.* DOUE L 43, 24.2.2022, p. 94) que mejora la dicción del precepto, ya que con la traducción original parecía exigir un deber de justificar la exclusión de la exoneración de unas deudas que la propia Directiva señala como susceptibles de exclusión debido a una equívoca traducción de la DRI (la versión inglesa del art. 23.4 de la DRI precede la enumeración de las deudas susceptibles de exclusión con la expresión: «*such as in the case of*», es decir, «como en el caso de»). Con la nueva redacción se aclara que las deudas enumeradas lo serían a título ejemplificativo y los Estados miembros podrían excluir otras con la debida justificación, pues las previstas en el elenco no la necesitarían. El cambio parece confirmar la opinión de CUENA CASAS, M. (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 15). En contra, *vid.* SENENT MARTÍNEZ, S., quien consideraba que «Los términos imperativos en los que está redactado el art. 23.4 de la Directiva inducen a pensar que, si bien el Estado miembro puede incluir o no alguna de estas deudas en la categoría de deudas no exonerables, no podrá, sin embargo, incluir entre las mismas una deuda no recogida expresamente en dicha relación», por lo que, «Dado que en dicho precepto no aparece la deuda pública, habrá que concluir que dicha deuda, salvo que se trate de deuda contra la masa, no puede obtener un trato especial según la Directiva.» (cfr. "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 9).

[1218] El apartado IV de Exposición de Motivos de la LRC señala: «Las excepciones se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual). Así, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no en las sucesivas.». Con razón se ha hablado de «trato de favor absolutamente injustificado» (cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", ob. cit.). En el mismo sentido, señala SENDRA ALBIÑANA, A.: «Tales referencias –contenidas en la exposición de motivos del anteproyecto– vacían de contenido real la exigencia de justificación que exige la directiva. (…) Más aún, referir tales circunstancias para la totalidad de las deudas no exonerables, sin concreta y singular justificación de los motivos que impiden la exoneración del crédito público nos resulta inadecuado.» (cfr. "A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad (Análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal)", *La Ley Insolvencia*, nº 7, 2021, consultado en Smarteca, p. 7).

este sentido[1219]. Más aún, esta exclusión contraviene los objetivos de la DRI y su criterio de armonización «de mínimos» basado en que los empresarios puedan obtener la *plena* exoneración de sus deudas (cf. Considerando 73 y art. 20 DRI). Por ello, una transposición que establezca un alto porcentaje de pasivo no exonerable para empresarios sería contraria a la DRI. Es lo que sucedía en el caso de la transposición en España proyectada en el PLRC: la exclusión del crédito público de su ámbito objetivo, dado el porcentaje que representa en los concursos de las personas físicas empresarios, podía considerarse contrario a la DRI[1220].

Finalmente, la LRC mantiene la exclusión del crédito público del ámbito de la exoneración con carácter general, pero amplía considerablemente los límites de exoneración de las deudas cuya recaudación sea competencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y las deudas por créditos en Seguridad Social: el deudor podrá exonerarse de forma íntegra hasta cinco mil euros de deuda y, a partir de esta cifra, podrá obtener la exoneración del 50 por ciento de la deuda hasta un importe máximo de diez mil euros. Tal y como establecía el PLRC, el importe exonerado, hasta el citado límite,

[1219] La AP de Alicante ha planteado al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales a través de sendos autos de 11 de octubre de 2022 (Roj: AAP A 33/2022 - ECLI:ES:APA:2022:33A) y 31 de enero de 2023 (Roj: AAP A 13/2023 - ECLI:ES:APA:2023:13A): «[…] ii) ¿Es compatible con el art. 23.4 de la Directiva, y con sus principios inspiradores relativos a la exoneración de deudas, una normativa interna, como la española en los términos previstos en el TRLC (en la redacción dada redacción RDLeg 1/2020), que no ofrece justificación alguna para la exclusión del crédito público de la exoneración del pasivo insatisfecho? ¿Esta normativa, en cuanto excluye el crédito público de la exoneración y carece de justificación debida, compromete o perjudica la consecución de los objetivos previstos en aquélla? iii) ¿El art. 23.4 de la Directiva contiene una relación exhaustiva y cerrada de categorías de créditos excluibles de la exoneración, o bien, al contrario, esa relación es meramente ejemplificativa y el legislador nacional goza de absoluta libertad para establecer las categorías de créditos excluibles que tenga por convenientes, con tal de que estén debidamente justificadas con arreglo a su Derecho nacional?».

[1220] *Vid.* BENAVIDES VELASCO, P.: "Algunas reflexiones acerca de la nueva norma comunitaria sobre exoneración de deudas", ob. cit., p. 168; CUENA CASAS, M., quien señala que incluso podía derivar en que los tribunales alegasen efecto directo de la DRI e inaplicasen la norma de transposición en beneficio de los deudores ("La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., pp. 39, 60-61); SENDRA ALBIÑANA, A.: "A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad (Análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal)", *La Ley Insolvencia*, nº 7, 2021, consultado en Smarteca, p. 7; AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., pp. 305-306). En contra, *vid.* ROJO, A., que entiende que la exclusión de la exoneración del crédito público sería conforme al art.22.3 de la DRI, aunque reconoce que el régimen de segunda oportunidad hasta ahora vigente «no ha tenido aplicación generalizada ni ha servido para posibilitar auténticas «segundas oportunidades», y ello fundamentalmente como consecuencia de la «estructura del pasivo» de los deudores personas naturales, en la que prevalecen los créditos con garantía hipotecaria, seguidos o precedidos, en el caso de los empresarios individuales, de los créditos tributarios y frente a la Tesorería General de la Seguridad Social.» (cfr. "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", *Anuario de Derecho Concursal*, nº 42, septiembre - diciembre 2017, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas).

se aplicará en orden inverso al de prelación establecido en la ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad. La referencia a la Agencia Estatal de Administración Tributaria se entiende también referida a las Haciendas Forales, de modo que esta extensión de la exoneración será común para todas las deudas por créditos de derecho público que un deudor mantenga en el mismo procedimiento con las Haciendas Forales y la Agencia Estatal de Administración Tributaria (cf. Disposición adicional primera del TRLC, introducida por el apartado ciento cincuenta y siete del Art. Único de la LRC). Por tanto, el límite máximo de exoneración es de treinta mil euros: diez mil para créditos tributarios con el Estado, diez mil para créditos tributarios de las Haciendas Forales y diez mil para deudas de la Seguridad Social[1221]. De otro modo, si concurriesen créditos tributarios con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Haciendas Forales, no estaría claro el límite de exoneración para cada uno.

La confusa literalidad del precepto parece acoger en cierto modo la propuesta de la doctrina de permitir la exoneración del 50 por ciento del crédito público en el caso de que el deudor consiga abonar el otro 50 por ciento, de modo que se incentive el pago de al menos una parte del pasivo y el deudor consiga un cierto alivio[1222]; posibilidad que se planteó como enmienda al PLRC[1223]. Sin embargo, la redacción final del precepto tiene efectos más limitados: aquellos deudores con créditos de derecho público con la Agencia Estatal de Administración Tributaria –y/o con las Haciendas forales– y con la Seguridad Social que superen los 15.000 euros, verán exonerados un máximo de 10.000 euros; quienes ostenten créditos de este tipo por una cuantía inferior, podrán obtener la

[1221] *Vid.* AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 306.

[1222] *Vid*. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 17. Esta medida supone una excepción a la regla general de la indisponibilidad de los créditos de derecho público recogida en los arts. 7 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003), 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003) y 27.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015). En contra de esta medida, *vid*. ROJO, A.: "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", ob. cit.

[1223] En su enmienda núm. 226, el Grupo Parlamentario Republicano plantea esta opción como alternativa a la supresión del apartado 5º del art. 489.1 del PLRC (enmienda núm. 225). *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

exoneración de 5.000 euros y del 50 por ciento de la cuantía restante, resultando una cuantía total que pudiera ser inferior a 10.000 euros[1224].

En suma, aunque el tratamiento del crédito público previsto en la LRC sigue restringiendo la exoneración, los cambios introducidos sobre el régimen anterior, aunque insuficientes[1225], merecen una valoración positiva, pues facilitan la concesión de una segunda oportunidad los pequeños empresarios –a quienes la DRI pretende proteger–, lo que redundará en ingresos públicos a través de la propia actividad profesional o empresarial y del empleo, lo que resulta más eficaz para combatir el déficit público que la persecución infructuosa del pago de unos créditos que un deudor insolvente no puede abonar.

3.4. La exclusión de la exoneración de los créditos con garantía real: el insuficiente estímulo al préstamo responsable

Como hemos dicho, para que el sistema de segunda oportunidad no distorsione el mercado de crédito, la clave está en definir de forma adecuada la buena fe del deudor como presupuesto subjetivo para ser merecedor de la exoneración de las deudas pendientes. El objetivo es «equilibrar los derechos de los acreedores sacrificados con los del deudor, preservando la cultura de pago y atajar las consecuencias del sobreendeudamiento *pasivo*», no del sobreendeudamiento activo, que «no debe encontrar solución en la exoneración del pasivo insatisfecho»[1226]. ¿Cuál es, entonces, el tratamiento que debe tener el sobreendeudamiento *activo* en sede concursal? El fomento del préstamo responsable a través de la valoración de la responsabilidad del acreedor del préstamo cuyo otorgamiento haya causado la insolvencia del deudor, con el fin de evitar dicho sobreendeudamiento activo.

[1224] Por ejemplo, un deudor que ostente créditos con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y con la Hacienda Foral de Guipúzcoa por un total de 13.000 euros, podrá obtener la exoneración de un máximo de 9.000 euros (5.000 euros, más el 50 por ciento de los 8.000 euros restantes); mientras que un deudor que ostente créditos de este tipo por un total de 19.000 euros, se verá afectado en la exoneración por el límite máximo de 10.000 euros (pues de la suma de 5.000 euros más el 50 por ciento de los 14.000 euros restantes, resultaría un total de 12.000 euros que excede el límite establecido en la norma).

[1225] En el mismo sentido, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

[1226] Cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 17.

El TRLC en su redacción original no establecía ninguna previsión respecto de la valoración de la conducta del acreedor en la concesión del crédito, lo que privaba a la normativa de su valioso potencial efecto disuasorio del préstamo irresponsable.

Tampoco la DRI alude a esta cuestión, a pesar de haber sido destacada por el Banco Mundial[1227] y por la Comisión Europea[1228], y estar incluida entre las mejores prácticas identificadas por la doctrina[1229]; y la LRC para su transposición no la introduce, a pesar de que sí hace referencia a la valoración del comportamiento responsable del propio deudor, lo cual no parece razonable[1230].

La sanción del préstamo irresponsable a través de la normativa concursal es la subordinación del crédito que de él se deriva en el procedimiento, y la posibilidad de obtener su exoneración junto con el resto de pasivo insatisfecho tras la conclusión del

[1227] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 33.

[1228] *Vid*. COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), Considerando 12.

[1229] *Vid.* KILBORN, J. J.: "Expert recommendations and the evolution of European best practices for the treatment of overindebtedness, 1984-2010", ob. cit., p. 42; LONDON ECONOMICS: *Study on means to protect consumers in financial difficulty: Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages, and restrictions on debt collection abusive practices*, Final Report, Contract Nº MARKT/2011/023/B2/ST/FC, Financial Services Users Group (FSUG), Commission of the European Communities, Directorate-General Internal Market and Services, London, 2012, p. 190.

[1230] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 21.

procedimiento[1231]. Tal y como ha señalado el Banco Mundial, este tratamiento en sede concursal incentiva que los acreedores presten una mayor atención a la hora de evaluar la solvencia del prestatario en el momento de conceder el crédito, pues saben que el deudor cuenta con una "salida de emergencia" en caso de insolvencia[1232], y constituye un mecanismo disuasorio frente a modelos de negocio agresivos de préstamos de alto riesgo y alta rentabilidad que –como en la crisis de 2008– favorecen que *se preste mal a propósito*, pues ello resulta más rentable que *prestar bien*[1233].

La definición del ámbito objetivo de la exoneración en la LRC permite la exoneración del préstamo irresponsable, pues el deudor podrá exonerarse todo su pasivo insatisfecho, excepto el que la ley establece como expresamente no susceptible de exoneración (art. 489 TRLC). Sin embargo, la LRC excluye de la exoneración las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro

[1231] Propuso esta medida CUENA CASAS, M. (*vid.* "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", ob. cit., p. 27; "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., pp. 2899 y ss.), y la han apoyado, entre otros, ÁLVAREZ LATA, N.: "Artículo 14. Obligaciones de evaluar la solvencia del consumidor", MARÍN LÓPEZ, M. J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 578-615, SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 124; ÁLVAREZ OLALLA, P. (*vid.* "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., pp. 802-803). Apuntó la medida, con anterioridad, COLINO MEDIAVILLA, J. L.: "Las implicaciones del concurso de consumidor para el mercado financiero", ob. cit., p. 612. Con la regulación de la LSOP y posteriormente del TRLC original, se argumentó que la exoneración era posible de acuerdo con una interpretación sistemática de los preceptos legales relativos a la acción rescisoria concursal (arts. 226 y ss. TRLC), los créditos subordinados (art. 281 TRLC) y la extensión de la exoneración (arts. 491 y 497 TRLC), a través de la rescisión del contrato de crédito vivo suscrito dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso sin evaluación de la solvencia o con resultado negativo, por considerarse «perjudicial para la masa activa», «aunque no hubiere existido intención fraudulenta» (cf. art. 226 TRLC). En este sentido, la doctrina señaló el perjuicio que el crédito irresponsable causa a otros acreedores del prestatario, especialmente –se apunta– en el caso de los créditos que tienen por finalidad proporcionar liquidez en situaciones de sobreendeudamiento, pues retrasan el supuesto objetivo que obliga a solicitar la declaración de concurso, y puede incluso inducir a error a otros futuros acreedores del prestatario –*v. gr.* proveedores– sobre la situación financiera en la que se encuentra el deudor; circunstancia más grave aún en el caso de créditos privilegiados que no se ven afectados por la *par conditio creditorum* (*vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", ob. cit., p. 802). Sin embargo, al no formar parte del elenco de presunciones, el perjuicio patrimonial para la masa activa debía ser probado por quien ejercitase la acción rescisoria (cf. art. 71 LC) cuya dificultad, además, era mayor, pues la legitimación activa correspondía a la administración concursal, y no al propio deudor (cf. art. 72 LC). A este respecto, señalaba MAS-GUINDAL GARCÍA, J. que «podría resultar interesante incluir en el art. 71 de la LC una presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial para el caso de préstamo irresponsable, en la que la carga de la prueba de que la financiación no se llevó a cabo en condiciones irregulares quedara atribuida a la entidad financiera que suscribió la operación.» (cfr. "Reintegración concursal, subordinación y préstamo irresponsable", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº 180, 2016, p. 64).

[1232] *Vid.* WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 33.

[1233] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", ob. cit., p. 2879.

del límite del privilegio especial (cf. art. 489.1. 8º TRLC). Con esta previsión quedan a salvo de la exoneración los préstamos y créditos hipotecarios que eventualmente hayan sido concedidos incumpliendo las obligaciones de préstamo responsable.

Por tanto, el prestamista que ha incumplido sus obligaciones de evaluación de la solvencia en el otorgamiento de un préstamo hipotecario no sufre ninguna consecuencia en el ámbito concursal. Su crédito sigue siendo privilegiado en el procedimiento y, en sede de exoneración, el deudor seguirá siendo responsable del préstamo con cargo al bien afecto y solo podrá exonerarse el exceso que no quede cubierto por la garantía hipotecaria (art. 492 bis TRLC).

De acuerdo con el art. 492 bis.1 del TRLC, *cuando se haya ejecutado la garantía real*, bien antes de la aprobación provisional del plan de pagos, bien antes de la exoneración en caso de liquidación, solo se exonerará la deuda remanente. Sin embargo, *cuando no se haya ejecutado la garantía* y no se prevea su ejecución en el marco del plan de pagos (ej.: cuando la vivienda habitual del deudor esté hipotecada y su realización quede excluida del plan, ex art. 497 TRLC), si la deuda con garantía real pendiente de pago «cuando se presenta el plan» excede del valor de la garantía (calculado según lo previsto en el título V del libro primero del TRLC, arts. 272-279 TRLC), el art. 492 bis.2 del TRLC prevé la reestructuración de la deuda hipotecaria: (*i*) mediante el recálculo de las cuotas de principal e intereses teniendo en cuenta la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía[1234]; y (*ii*) aplicando a la parte que exceda del valor de la garantía las reglas de vencimiento e intereses del art. 496 bis del TRLC, que recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda –en cuanto que se trata de deuda exonerable–, quedando exonerada la parte no satisfecha (cf. art. 500 TRLC). No obstante, ello no impedirá que el acreedor hipotecario pueda instar la ejecución de la garantía (ex art. 490 TRLC) y, en caso de que el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada, la exoneración quedará revocada (cf. art. 492 bis.3 TRLC)[1235].

[1234] Por ejemplo, si se trata de un crédito con garantía hipotecaria de 300.000 euros, y el valor razonable del bien dado en garantía es de 270.000 euros, las cuotas se recalcularán teniendo en cuenta 270.000 euros, ya que los 30.000 euros restantes superan el valor de la garantía y tienen la consideración de deuda exonerable.

[1235] En este sentido, *vid.* FACHAL NOGUER, N.: "Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado", ob. cit.

Aunque el art. 492 bis del TRLC se enmarca en la Subsección 3.ª «De los efectos de la exoneración» de la Sección 2.ª «De los elementos comunes de la exoneración» del Capítulo II del Título XI del TRLC, entiendo que solo el apartado 1 se refiere a ambas modalidades de exoneración, mientras que el apartado 2 se refiere únicamente a la modalidad de exoneración con plan de pagos, para el caso de que la garantía no se ejecute[1236].

Siendo así, si se interpreta que existe una *tercera modalidad* de exoneración sin liquidación y sin plan de pagos en los casos de concursos sin masa *ab initio* (ex art. 501 TRLC) –a lo que nos oponemos, tal y como hemos analizado[1237]– y, en particular, cuando nos encontramos en el supuesto del apartado d) del art. 37 bis del TRLC, si el deudor no ha incurrido en impago del préstamo hipotecario no se produce el vencimiento anticipado del crédito –pues no se abre liquidación– y no se ejecuta la garantía; pero tampoco se recalcula la deuda pendiente, pues no hay plan de pagos. En consecuencia, el acreedor escapa de la exoneración de la parte del crédito que excede la garantía hipotecaria. El efecto es el mismo que la exclusión de la vivienda habitual de la liquidación que se defendía antes de la LRC[1238]: precisamente en los casos en que el préstamo supera el valor de la garantía, y que pudieran deberse a una actuación irresponsable del prestamista en la concesión del crédito, el deudor sale del concurso *sin masa* con el bien gravado y sin beneficiarse de la exoneración, de modo que si eventualmente llegase a incumplir, el acreedor saldría beneficiado al poder ejecutar el bien, y quedando el deudor responsable del pasivo pendiente tras la ejecución pudiendo beneficiarse únicamente de la exoneración parcial prevista en el art. 579.2 de la LEC cuando se trate de su vivienda

[1236] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 10 [en prensa]; AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 293.

[1237] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.2.2.

[1238] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.2.

habitual[1239]. Esta interpretación vulnera no sólo la DRI, sino también la DCI, pues fomenta el préstamo responsable y contraviene el deber de los Estados miembros de prever sanciones al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (cf. art. 38 DCI)[1240].

En cualquier caso, si se interpretase que el art. 492 bis.2 del TRLC resulta aplicable a esta supuesta *tercera modalidad* de exoneración –lo que negamos–, el incentivo que se estaría generando también sería perverso: que el deudor llegase al concurso sin masa, pues podría mantener el bien dado en garantía y obtendría la exoneración de la cuantía del préstamo que excediese el valor de aquel y, además, podría mantener los bienes embargables –de escaso valor– que tampoco se habrían liquidado. Con esta interpretación, de nuevo, se priva a la modalidad de exoneración con plan de pagos de cualquier atractivo; lo que contraviene los objetivos de la LRC y de la regulación concursal en su conjunto que, si bien debe favorecer la recuperación del deudor, también debe proteger el derecho de crédito de los acreedores[1241]. No obstante, a pesar de este efecto indeseable, en el caso de admitirse esta *tercera modalidad* de exoneración, una interpretación conforme a la DRI aconseja la aplicación del art. 492 bis.2 del TRLC, pues sólo de ese modo se lograría que el acreedor hipotecario se viera afectado por la exoneración, lo que resulta esencial tanto de acuerdo con la DRI, como de acuerdo con la DCI[1242].

[1239] De acuerdo con el art. 579.2 de la LEC, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para la completa satisfacción del ejecutante, este podrá proseguir la ejecución por la cantidad que reste, pero deberá ajustarse a las siguientes reglas: (*i*) el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de 5 años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada en el interés legal del dinero hasta el momento del pago; o –no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años–, si satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años; y (*ii*) en el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, con deducción de todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Por lo demás, si en los plazos señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según lo dispuesto en las dos reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente.

[1240] Así lo entiende CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., p. 11 [en prensa].

[1241] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", ob. cit., pp. 10-11 [en prensa].

[1242] *Vid.* CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, pp. 292-293.

Este privilegio incondicionado del crédito hipotecario en sede concursal debe ser revisado. Es evidente que la protección de las garantías reales es fundamental, y que es precisamente su robustez en el ordenamiento jurídico lo que ha permitido a muchas familias acceder a una vivienda en propiedad; pero no hay que olvidar que su carácter intocable es también lo que ha avivado las burbujas inmobiliarias como la que ya vivimos como preámbulo de la crisis financiera del 2008.

Por ello, el estímulo al préstamo hipotecario responsable debe venir de la mano de la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, con la pérdida de la garantía real del crédito irresponsable en el procedimiento concursal, la subordinación del crédito y su exoneración[1243].

Para revisar la actuación del prestamista hipotecario en la concesión del préstamo, la ley debe exigir que el acreedor aporte junto con la comunicación de su crédito en el concurso la prueba del cumplimiento de sus obligaciones de evaluación de la solvencia para poder obtener su reconocimiento, en el marco del art. 256 del TRLC[1244]. En caso de que el prestamista no aporte copia de la evaluación, o que en ella conste un resultado negativo de la solvencia del prestatario, debe poder privarse al acreedor de su privilegio en el concurso y subordinarlo. Dada la importancia que tiene la protección de las garantías reales para la estabilidad del mercado de crédito, la pérdida de la garantía en el ámbito concursal debe estar presidida por la seguridad jurídica y la posibilidad de contradicción por parte del acreedor por el cauce del incidente concursal (cf. art. 234 TRLC).

[1243] Así lo ha defendido CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., pp. 54-55, 62.

[1244] El art. 256 del TRLC establece los datos relativos al acreedor y al crédito que deben incluirse en la comunicación y, en su apartado 3, dispone que «se acompañará copia del título o de los documentos relativos al crédito.».

4. El régimen de revocación y los efectos de la exoneración definitiva

4.1. El restrictivo régimen de revocación: la dificultad de obtener la segunda oportunidad

4.1.1. Antecedentes normativos

El sistema de segunda oportunidad previsto en la LSOP y en el TRLC original se caracterizaba por su temporización[1245], de manera que la exoneración se concedía de manera provisional o definitiva, dependiendo del régimen al que se acogiese el deudor, pero siempre sería revocable. Este sistema se mantiene en la LRC, si bien con algunos cambios relevantes que analizaremos seguidamente.

De acuerdo con el art. 490.1 del TRLC, en caso de haberse solicitado la exoneración de acuerdo con el régimen general, si existía conformidad o no existía oposición por parte de la administración concursal o de los acreedores[1246], el juez la concedería en la resolución que declarase la conclusión del concurso. El precepto no señalaba expresamente que la exoneración concedida lo fuera con carácter provisional, lo que sí hacía el art. 496.3 del TRLC, que establecía que, si se hubiese interesado la exoneración de acuerdo con el régimen especial, en la misma resolución en la que se declarase la conclusión del concurso, transcurrido el plazo de alegaciones, y tras haber verificado el cumplimiento de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, el juez concedería

[1245] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 76.

[1246] La eventual oposición a la solicitud de exoneración sólo podría fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley (cf. art. 490.2 TRLC), y se tramitaría como incidente concursal, sin que pudiese dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución del incidente concediendo o denegando el beneficio de la exoneración (cf. art. 490.2 y 3 TRLC). En la práctica, y dada la situación de auténtico colapso de los Juzgados, este proceso podía llevar años, especialmente porque frente al auto que resuelva sobre el incidente cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Si bien los recursos no suspenden el procedimiento concursal en ninguna de sus fases, en el supuesto que estamos analizando el recurso suspende los efectos de la exoneración provisional. Con ello se dificultaba la consecución del objetivo de la exoneración de favorecer la recuperación del deudor lo más rápidamente posible y se generaban disfunciones procesales por la vinculación de la conclusión del concurso a la resolución firme sobre la concesión de la exoneración (*vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, ob. cit., pp. 45-46; CUENA CASAS, M.: "La posición del acreedor ante el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 1118).

provisionalmente la exoneración del pasivo no sometido al plan de pagos[1247] y aprobaría este en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estimase oportunas.

A la vista de la literalidad de los arts. 490.1 y 496.3 del TRLC, la exoneración lograda por abono de un umbral de pasivo se declaraba con carácter definitivo –en contra de la interpretación más lógica que cabía hacer de la LSOP[1248]–; mientras que se mantenía el carácter provisional de la exoneración concedida por aceptación de un plan de pagos[1249].

No obstante, tanto de conformidad con el régimen general, como de acuerdo con el régimen especial, la exoneración podría ser revocada (cf. arts. 492 y 498 TRLC); tal y como se preveía también en la LSOP (cf. arts. 178 bis.3. 4º y 5º LC)[1250]; de modo que, en todo caso, la exoneración –provisional o definitiva–, era una exoneración *revocable*.

La exoneración concedida conforme al régimen general podría ser revocada por el juez del concurso, a solicitud de cualquier acreedor concursal –y no solo del acreedor afectado por la exoneración–, si se constatase durante los cinco años siguientes a su concesión que el deudor había ocultado en la formación de la masa activa la existencia de

[1247] A excepción del crédito público, que ni quedaba sometido al plan de pagos (sino a las reglas de aplazamiento y fraccionamiento de su legislación especial), ni quedaba provisionalmente exonerado (*vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 497. Extensión de la exoneración en caso de plan de pagos.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 774).

[1248] Tal y como señala CUENA CASAS, M., a pesar de que la Exposición de Motivos de la LSOP aludía a una exoneración «automática» en caso de abono de un umbral de pasivo, tal y como se había previsto en la LEI, la literalidad del art. 178 bis.4 de la LC establecía que la exoneración se concedería «con carácter provisional», sin distinguir si la misma se había concedido por abono de un umbral de pasivo o por aceptación de un plan de pagos; deviniendo definitiva por el transcurso del plazo de cinco años, según el art. 178 bis.8 LC; si bien este precepto aludía al «plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos», que sería como máximo de cinco años (cf. art. 178 bis.5 LC), coincidiendo en todo caso con el plazo de revocación (cf. art. 178 bis.7 LC) [*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 76-77]. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. vincula la provisionalidad a la que hacía referencia la norma a la posibilidad de revocación, y no a la modalidad de exoneración (*vid. La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, ob. cit., 264). En contra, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M. entiende que el art. 178 bis.5 de la LC se refería únicamente a los efectos de la exoneración con plan de pagos y «se olvida» de los efectos de la exoneración por abono de un umbral de pasivo (cfr. *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, ob. cit., p. 126).

[1249] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 7; RUBIO VICENTE, P. J.: "Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC", ob. cit., p. 88.

[1250] Resultaba confuso, por tanto, referirse a la exoneración por abono de un umbral de pasivo como «exoneración definitiva» frente a la exoneración «parcial y provisional» por cumplimiento de un plan de pagos (*vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.).

bienes o derechos o de ingresos embargables. En ese caso, los acreedores recuperarían la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos.

Por su parte, la exoneración concedida de acuerdo con el régimen especial podría ser revocada a solicitud de cualquier acreedor concursal durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos –que, como máximo, sería de cinco años, pero podía ser menor– (*i*) si se constatase la ocultación por el deudor de la existencia de bienes o derechos o de ingresos embargables[1251]; (*ii*) si el deudor incumpliese el plan de pagos; (*iii*) si la situación económica del deudor mejorase sustancialmente por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar *todos* los créditos exonerados sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos; o (*iv*) si el deudor incurriese en causa que hubiese impedido la concesión de la exoneración por falta de los requisitos para poder ser considerado deudor de buena fe. En ese caso, se entiende –aunque el precepto no lo decía expresamente– que los acreedores recuperarían las acciones frente al deudor por los créditos pendientes de pago en el concurso.

Llama la atención que los motivos de revocación incluyesen aspectos tales como la mejora de la situación económica del deudor[1252], o la concurrencia de una causa que hubiera impedido la concesión de la exoneración por faltar alguno de los requisitos para

[1251] A diferencia de lo previsto en el art. 492 del TRLC para el supuesto de exoneración por abono de un umbral de pasivo, la ocultación de bienes en el caso de que el deudor se acogiese a un plan de pagos constituía causa de revocación, tanto si se producía en el momento de la configuración de la masa activa en el concurso y se manifestase en los cinco años siguientes a la concesión de la exoneración, como si se producía durante el periodo máximo de cinco años de cumplimiento del plan de pagos.

[1252] Con la concreción de las causas por las que la mejora de la situación del deudor podría dar lugar a la revocación de la exoneración («por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar»), el legislador rectificó en la LSOP la redacción prevista en el RDL 1/2015, que se refería a que «Mejorase *sustancialmente* la situación económica del deudor». Con ello no solo se introducía un concepto jurídico indeterminado en un motivo de revocación, sino que se pervertía el mismo fundamento del *fresh start*: la recuperación del deudor para el entramado productivo, a fin de que no sea el propio sistema el que desincentive el emprendimiento y le empuje a la pasividad –viviendo de ayudas sociales–, o a acudir a la economía sumergida para evitar su exclusión social. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M. (*vid.* "¿Un régimen de segunda oportunidad?", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 60, marzo-abril 2015; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., pp. 113-114.

poder ser considerado deudor de buena fe[1253], pero únicamente para el caso de que la exoneración hubiese sido obtenida de acuerdo con el régimen especial. Así parecía desprenderse de una interpretación literal del apartado 2º del art. 178 bis.7 de la LC en su redacción dada por la LSOP, al referirse al «plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos»[1254]; interpretación que quedó confirmada en el TRLC original, lo que hacía más restrictivo el sistema de segunda oportunidad para los deudores con menor capacidad económica[1255].

En mi opinión, las circunstancias que pueden motivar la revocación de la exoneración deben ser igualmente aplicables a todos los deudores que obtienen la exoneración, independientemente del régimen al cual se acojan[1256]. Habría sido más conveniente y acorde al espíritu de la norma –que no debía discriminar al deudor que se acogiese a un plan de pagos, pues su conducta no era más reprochable, sino que sencillamente carecía de bienes suficientes para abonar en el procedimiento el umbral de pasivo previsto en el régimen general– que el TRLC original hubiese acogido la interpretación conforme a la cual las causas de revocación previstas en el art. 178 bis.7

[1253] La revocación por incurrir el deudor en causa que hubiese impedido apreciar su buena fe se concretaba en la no comisión de delitos (pues el concurso no podía ser declarado culpable durante el cumplimiento del plan de pagos). La literalidad de la norma excluía la posibilidad de revocar la exoneración por incumplir el deudor las condiciones establecidas para la concesión. Al distinguir entre requisitos para apreciar la buena fe y condiciones para conceder la exoneración por aprobación de un plan de pagos, que no constituían criterios para valorar la buena fe –como ya hemos criticado–, el incumplimiento de las obligaciones de colaboración o la falta de búsqueda de un empleo no suponían motivos de revocación, lo que contravenía el espíritu del régimen de segunda oportunidad "merecida" que el legislador trataba de establecer. En este sentido, *vid.* En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 16-17.

[1254] *Vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.

[1255] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 69.

[1256] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 11-12; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", ob. cit., pp. 518-519.

de la LC se referían tanto al deudor que hubiese abonado un umbral de pasivo como a aquel que se hubiese acogido a un plan de pagos[1257].

Por último, de acuerdo con la redacción original del TRLC, el incumplimiento del plan de pagos constituía causa de revocación de la exoneración (cf. art. 498. 1º TRLC)[1258]; pero el art. 499.2 del TRLC establecía la confusa previsión de que el deudor que no lo hubiese cumplido en su integridad podría obtener la exoneración definitiva[1259] si hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos embargables[1260] percibidos durante los cinco años siguientes a la concesión provisional de la exoneración, o la cuarta parte de dichos ingresos de la unidad familiar cuando la misma se encontrase en circunstancias de especial vulnerabilidad y el deudor se encontrase en las circunstancias previstas en el art. 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo[1261].

Esta regla de excepción incluida en el art. 499.2 del TRLC, presente en la LSOP (cf. art. 178 bis.8 LC), generaba la controversia sobre si la extinción afectaba únicamente a las deudas *exonerables* que habían sido objeto de la exoneración provisional, o si también afectaba a las *no exonerables* incluidas en el plan de pagos. Esta segunda

[1257] Tal interpretación era posible no solo desde el punto de vista teleológico, sino incluso gramatical. A ello aludía el apartado b) del párrafo segundo del art. 178 bis.7 de la LC según la LSOP, al señalar que «También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos: (…) b) *En su caso*, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, (…)». Al incluir el inciso «en su caso», la LSOP aludía al caso de que tal causa de revocación fuese de aplicación al haberse acogido el deudor a un plan de pagos, lo cual solo tenía sentido si todas las causas de revocación eran aplicables también al caso de que el deudor hubiese abonado un umbral de pasivo (en este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 12). Así se había establecido inicialmente en el RDL 1/2015, según el cual las causas de revocación eran comunes a todo deudor.

[1258] Por tanto, como norma general (cf. art. 499.1 TRLC), el deudor sometido a un plan de pagos debía cumplirlo íntegramente para poder obtener la exoneración definitiva. Así se interpretaba también la LSOP (*vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.).

[1259] Según el apartado IV del Preámbulo de la LRC, los supuestos establecidos en el TRLC original que permitían acceder a la exoneración a pesar del incumplimiento del plan de pagos eran «situaciones excesivamente casuísticas» y, además, constituían «herramientas o instrumentos adicionales -y de alguna forma, incongruentes- con los beneficios que la especial normativa de protección de los deudores hipotecarios ha venido incorporando desde el año 2013 en nuestro Derecho.».

[1260] El precepto especificaba que, a los efectos de este artículo, se entiendía por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE núm. 161, de 07/07/2011).

[1261] Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012).

interpretación[1262] convertía el régimen del TRLC en un régimen inaceptablemente permisivo, pues suponía premiar con la exoneración al deudor que se mantuviese inactivo y no generase ingresos, lo que contravenía la finalidad de la norma de favorecer que el deudor pudiese reanudar su actividad económica, además de permitir la exoneración de deudas tales como los créditos por alimentos[1263]. Por ello, siguiendo un criterio teleológico y sistemático (cf. art. 3 CC), me incliné por la primera interpretación, pues preservaba la coherencia del sistema. Es cierto que esta opción interpretativa suponía que la medida prevista en el art. 499 del TRLC tuviese unos efectos tuitivos limitados de los deudores sin recursos, pues los acreedores de los créditos *no exonerados* conservarían sus derechos de crédito frente al deudor, pero la solución no era forzar la coherencia del sistema, sino ampliar la extensión de la exoneración para aquellos deudores que se encontrasen en circunstancias de especial vulnerabilidad[1264]. Como veremos, la LRC soluciona este conflicto, pues los créditos no exonerables lo serán en todo caso, y sus titulares mantendrán la plenitud de sus acciones frente al deudor (cf. art. 490 TRLC), sin que ello sea óbice para que el deudor obtenga la exoneración incondicionada del resto de sus deudas que, de manera general, se consideran exonerables[1265].

De conformidad con el art. 499 del TRLC, «transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos» sin que se hubiese revocado la exoneración, el juez del

---

[1262] *Vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.; PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 252-253; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 499. Exoneración definitiva.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 781-782; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, ob. cit., p. 178; SENENT MARTÍNEZ, S.: "Artículo 499. Exoneración definitiva", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. T. I, 2ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, p. 2127; RUBIO VICENTE, P. J.: "Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC", ob. cit., p. 97. Opinan que caben las dos interpretaciones CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., p. 343.

[1263] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La "desmadrada" aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad puede perjudicar el funcionamiento del mercado de crédito", *Hay Derecho*, 5 de junio de 2018; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 116; LATORRE CHINER, N.: "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", ob. cit.

[1264] *Vid.* CUENA CASAS, M., quien apunta, con razón, que «el sistema español es una mala copia de los modelos de responsabilidad pues se exige el abono del crédito no exonerable para la liberación del exonerable» (cfr. "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 17-18).

[1265] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 55.

concurso, «a petición del deudor», dictaría auto –contra el que no cabría recurso alguno– concediendo la exoneración definitiva. El TRLC eliminaba la previsión establecida en el art. 178 bis.8 LC *in fine* de la LC que establecía la posibilidad de que la exoneración provisional cuyo carácter definitivo hubiese sido reconocido pudiese llegar a ser revocada en caso de constatarse la existencia de bienes del deudor ocultos; previsión que resultaba, a mi modo de ver, un auténtico despropósito[1266], pues carecía de sentido condicionar *sine die* la exoneración del deudor[1267], que ya había sido sometida a un plazo de cinco años durante el cual podía haber sido revocada. No obstante, esta modificación era otro exceso del TRLC respecto del régimen de la LSOP que estaba llamado a refundir[1268].

De acuerdo con la literalidad del precepto –y con su ubicación en la Sección 3ª del Capítulo II del Título XI del Libro I del TRLC–, la solicitud de la declaración de exoneración definitiva correspondía únicamente a aquellos deudores que hubiesen obtenido la exoneración provisional por haber aceptado someterse a un plan de pagos, tal y como se interpretó también el art. 178 bis.8 de la LC[1269]. Por tanto, la exoneración obtenida de acuerdo con el régimen general, acordada con carácter definitivo en el auto de conclusión del concurso, devendría firme por el transcurso del plazo de revocación.

4.1.2. El régimen de revocación de la LRC

Al igual que el TRLC original, la LRC establece que la exoneración por aprobación de un plan de pagos se otorgará con carácter provisional (cf. arts. 498.2 y 498 ter LRC), mientras que la exoneración tras la liquidación del activo del deudor se concederá con

[1266] En el mismo sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La posición del acreedor ante el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 1121. En cambio, SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. considera que es una medida razonable (*vid. El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ob. cit., p. 116).

[1267] Entiende CUENA CASAS, M. que una interpretación sistemática de los apartados 7 y 8 del art. 178 bis de la LC permitía entender que esta revocación solo podía plantearse en un plazo de cinco años desde la concesión de la exoneración definitiva (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 79).

[1268] En el mismo sentido se pronuncian CUENA CASAS, M. (*vid.* "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 16); RUBIO VICENTE, P. J.: "Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC", ob. cit., p. 99.

[1269] *Vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.

carácter definitivo (cf. art. 502 LRC). Ello es conforme al art. 21.2 de la DRI[1270], según el cual un régimen que establezca una exoneración definitiva posterior a una provisional (como el anteriormente previsto en el art. 178 bis LC), sólo sería posible en caso de cumplimiento de un plan de pagos para poder obtener la exoneración, lo que merece una valoración positiva[1271].

La LRC corrige adecuadamente el planteamiento de la LSOP y del TRLC original y establece el régimen de revocación como uno de los elementos comunes de la exoneración en cualquiera de sus modalidades. Además, la revocación solo podrá ser interesada por los acreedores afectados por la exoneración, y no por cualquier acreedor, como se preveía en el régimen anterior.

Entre los motivos previstos en el art. 493 de la LRC, se mantiene la ocultación por el deudor de bienes, derechos o ingresos –en cualquier momento– y la mejora sustancial de la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, juego de suerte, envite o azar, si bien se acota temporalmente a tres años –desde la concesión de la exoneración, en su caso, provisional–, y la revocación podrá ser parcial en caso de que la mejora permitiera sólo el pago de parte de la deuda exonerada[1272]. Además, como ya hemos comentado en otro lugar[1273], se prevé acertadamente como motivo de revocación que recaiga condena penal o resolución administrativa firme en los procedimientos que estuvieran en tramitación dentro de los tres años siguientes a la exoneración, en su caso, provisional (cf. art. 487.1. 1º y 2º LRC).

[1270] El art. 21.2 de la DRI establece: «Los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes que hayan cumplido sus obligaciones, en caso de que tales obligaciones existan en la normativa nacional, obtengan la exoneración de sus deudas al expirar el plazo de exoneración sin necesidad de interponer ante una autoridad judicial o administrativa un procedimiento adicional a los indicados en el apartado 1.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán mantener o establecer disposiciones que permitan a la autoridad judicial o administrativa verificar si los empresarios han cumplido las obligaciones necesarias para obtener una exoneración de deudas.».

El Considerando 82 de la DRI apunta al respecto: «Los Estados miembros deben poder establecer que las autoridades judiciales o administrativas puedan verificar, tanto de oficio como a petición de una parte con un interés legítimo, si los empresarios han cumplido las condiciones para obtener la plena exoneración de deudas.».

[1271] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., pp. 13-14.

[1272] Como señala el apartado IV del Preámbulo de la LRC, estos cambios favorecen que este motivo de revocación sea «compatible con el objetivo macroeconómico básico de la segunda oportunidad» de favorecer que el deudor reanude su actividad en el tráfico económico.

[1273] *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 1.2.3.

A estos motivos comunes de revocación, la LRC añade dos motivos específicos para la modalidad con plan de pagos (cf. art. 499 ter PLRC): que el deudor incumpla el plan, y que –cuando su cumplimiento dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor– se evidencie, «al término del plazo del plan de pagos», que el deudor no ha destinado a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos efectivos del deudor que excedan (*i*) del mínimo legalmente inembargable, (*ii*) de lo preciso para el cumplimiento de nuevas obligaciones que se consideren razonables atendiendo a las circunstancias, y (*iii*) de lo requerido para atender los vencimientos de deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos.

La dificultad del acreedor para conocer la evolución en los recursos del deudor para la satisfacción de la deuda exonerable se salva con el deber del deudor previsto en el art. 498 ter.3 de la LRC de informar periódicamente al juez del concurso sobre el cumplimiento del plan de pagos y cualquier alteración patrimonial significativa que, además, le permitiría solicitar una modificación del plan de pagos (cf. art. 499 bis.1 LRC[1274]). Aunque no se prevé expresamente, entiendo que estos informes deben quedar de manifiesto en la oficina judicial, y los acreedores personados deben poder consultarlos para poder ejercitar su derecho a interesar la revocación de la exoneración.

Igualmente, este motivo de revocación debe ponerse en conexión con el trámite de audiencia con que cuentan los acreedores con carácter previo a la exoneración definitiva para que esta pueda concederse a pesar de no haber cumplido íntegramente el plan de pagos, cuando el incumplimiento resulte de accidente, enfermedad u otros acontecimientos graves e imprevisibles, que afecten al deudor o a sus convivientes, siempre que el deudor hubiera cumplido las limitaciones o prohibiciones sobre sus facultades patrimoniales y las medidas de cesión en pago que se hubieran establecido en el plan de pagos (cf. art. 500.2 LRC). Por tanto, «transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos», habrá de verificarse si el deudor ha incurrido en incumplimiento debido a otras circunstancias, lo que constituirá causa de revocación –a instancia de los acreedores–, y habría sido conveniente aclarar si también podrá impedir

[1274] La enmienda núm. 9 del Grupo Parlamentario Ciudadanos propuso la eliminación del párrafo 4 del artículo, para no limitar la modificación del plan de pagos a una sola, teniendo en cuenta que las circunstancias del deudor pueden alterarse en más ocasiones a lo largo de los años que dure el plan de pagos. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 84-3, 20 de abril de 2022.

–de oficio– que el juez otorgue la exoneración definitiva[1275]. Con esta regulación se modifica y corrige el problemático planteamiento hasta ahora vigente de la revocación de la exoneración en caso de plan de pagos, excepcionada por el art. 499.2 del TRLC original.

Por tanto, de acuerdo con la LRC, la exoneración con plan de pagos se concederá de forma provisional (cf. arts. 498.2 y 498 ter LRC) y deberá declararse definitiva posteriormente, mientras que la exoneración tras la liquidación se concederá con carácter definitivo (cf. art. 502 LRC). Se introduce, sin embargo, una novedad, y es que el juez del concurso dictará auto concediendo la exoneración definitiva transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado la exoneración (cf. art. 500.1 LRC). Se trata de una actuación de oficio que no requiere solicitud alguna por parte del deudor[1276], en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 21.2 de la DRI; si bien es de esperar que los deudores pongan de manifiesto el cumplimiento de dicho plazo en el informe semestral correspondiente (cf. art. 498 ter.3 LRC)[1277].

De acuerdo con las exigencias del art. 21 de la DRI, la LRC reduce el plazo para interesar la revocación de la exoneración a tres años desde que se haya concedido –en su caso, provisionalmente– (cf. art. 493.2 LRC). Con este cambio se soluciona el fallo de la regulación hasta ahora vigente que establecía un plazo de cinco años para interesar la revocación, lo que suponía que, en caso de revocarse la exoneración, la acción para exigir

[1275] Así parece desprenderse de la dicción literal del art. 500.2 de la LRC al señalar que el juez «podrá» conceder la exoneración definitiva «Aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos». Por tanto, *a sensu contrario*, el juez podrá denegarla cuando las causas de incumplimiento no sean las señaladas en el precepto. Sin embargo, el apartado 1 del mismo artículo señala que «Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado la exoneración, el juez del concurso, *dictará auto concediendo la exoneración definitiva* del pasivo insatisfecho.». Por tanto, parece que sólo los acreedores pueden oponerse a la exoneración definitiva vía revocación de la exoneración provisional. A favor de esta segunda interpretación se inclina CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., pp. 74-75).

[1276] En contra, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

[1277] Así lo sugería SENENT MARTÍNEZ, S.: «Ahora bien, el que no sea posible exigir un procedimiento adicional, no implica que no se contemple algún tipo de trámite, a fin de que pueda ser efectivo el control judicial que prevé el propio párrafo segundo del art. 21.2 de la Directiva, para lo que seguramente bastará, una comunicación del deudor dirigida al juez, alegando el cumplimiento del plan de pagos y adjuntando los documentos justificativos de dicho cumplimiento y un trámite de audiencia a los acreedores; de modo similar a lo previsto actualmente en el art. 178 bis.8 LC.» (cfr. "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", ob. cit., p. 11).

responsabilidad al deudor, en muchos casos, ya habrá prescrito, pues el plazo de prescripción de las acciones personales es también de cinco años (cf. art. 1964 CC). Sin embargo, debemos entender que el plazo para interesar la revocación por incumplimiento del plan de pagos debe extenderse durante el periodo de cumplimiento del plan, de modo que será de cinco años en el caso de los planes de pagos que excepcionalmente tengan esta duración (cf. art. 497.2 LRC).

Obtenida la exoneración tras la liquidación de la masa activa, o la exoneración definitiva terminado el plazo del plan de pagos, el deudor no podrá solicitar una nueva exoneración del pasivo insatisfecho hasta que transcurran cinco años, en el primer caso, o dos años, en el segundo caso; y, en cualquiera de ellos, el crédito público quedará excluido de la exoneración (cf. art. 488 LRC). Se reduce notablemente el plazo de 10 años previsto en el TRLC proveniente de la LSOP, lo que es un acierto; si bien se excluye de esta limitación al crédito público, en línea con el criticable blindaje que la LRC le brinda frente a la exoneración.

De todo lo anterior cabe concluir que la LRC reforma favorablemente el régimen de revocación de la exoneración previsto en el TRLC proveniente de la LSOP, que resultaba gravemente restrictivo, especialmente para los deudores con menor capacidad de pago que recurriesen a la exoneración conforme al régimen especial. Dificultar la exoneración definitiva del deudor solo introduce inseguridad jurídica en el sistema de segunda oportunidad y retrasa los efectos de la exoneración que permiten la consecución de sus objetivos socioeconómicos.

4.2. La segunda oportunidad y la protección del derecho de crédito: los efectos de la exoneración

El TRLC aclaró que los efectos de la exoneración eran comunes a ambos regímenes de exoneración[1278], y así lo mantiene la LRC para las dos modalidades previstas en la ley.

En la línea del art. 500 del TRLC original, la LRC dispone que «los acreedores cuyos créditos *se extingan* por razón de la exoneración no podrán ejercer ningún tipo de

[1278] La criticable técnica legislativa del art. 178 bis. 5 de la LC hacía pensar que los efectos solo fuesen aplicables a la exoneración por aceptación de un plan de pagos; lo cual carecía de justificación, pues no había motivos para diferenciar los efectos de la exoneración concedida con base en la buena fe del deudor considerada en función de su distinta capacidad de pago. En este mismo sentido, *vid.* AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis", ob. cit.; CUENA CASAS, M.: "La "desmadrada" aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad puede perjudicar el funcionamiento del mercado de crédito", ob. cit.

acción frente el deudor para su cobro, salvo la de solicitar la revocación de la exoneración» (cf. art. 490 TRLC).

Se ha interpretado que la posibilidad de que la exoneración sea revocada en los casos previstos en la ley es uno de los motivos por los cuales debe entenderse que la concesión de la exoneración no supone la extinción de las obligaciones, sino «un beneficio de inexigibilidad» de las mismas[1279] o un «compromiso de no reclamación a la persona del deudor»[1280]. En esta línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado[1281] argumenta que la extinción de la deuda derivada de la exoneración del pasivo insatisfecho no es absoluta ni definitiva, porque sólo afecta al deudor concursado y no a los responsables solidarios, fiadores o avalistas (cf. art. 502 TRLC), y resulta revocable durante el periodo de tiempo establecido en la ley.

Sin embargo, entiendo que, precisamente porque la exoneración supone la extinción del derecho de crédito, se reconoce legalmente la revocación como mecanismo para declarar su ineficacia. Al igual que la donación, siendo un acto definitivo por el cual se transmite la propiedad resulta, sin embargo, revocable *ex lege*; de la misma forma la exoneración extingue el derecho de crédito *ipso iure*, sin perjuicio de su revocabilidad. Si no fuese así, y la exoneración no extinguiera el derecho de crédito, sino que supusiese su mera inexigibilidad hasta que se reconozca de manera definitiva y/o transcurra el plazo

[1279] Cfr. SENDRA ALBIÑANA, A.: "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal", ob. cit., p. 155. En el mismo sentido, *vid.* FACHAL NOGUER, N.: "¿Cuáles son los efectos que proyecta la exoneración de pasivo insatisfecho sobre los terceros garantes?", *La Ley Insolvencia*, nº 11, 2022, consultado en Smarteca, p. 1.

[1280] Cfr. PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 259.

[1281] Cfr. Resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2019 (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2020, pp. 23777-23790): «En definitiva, no puede afirmarse que la extinción de la deuda derivada de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho sea absoluta ni definitiva. No es absoluta porque sólo afecta al deudor concursado. La ley tiene en cuenta la situación individual del deudor y su comportamiento, y sólo frente a él resulta inexigible la deuda, pero no frente a otros obligados solidarios o frente a sus fiadores o avalistas, respecto de los que el acreedor conservará todos sus derechos. Y tampoco puede afirmarse que se trate de una extinción definitiva, pues durante un plazo de cinco años podrá solicitarse del juez la revocación del beneficio, en cuyo caso los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso. Por ello parece más acertado hablar de exoneración inmediata en contraposición a la exoneración diferida en el tiempo, en lugar de exoneración definitiva y exoneración provisional, para referirse a las dos alternativas que prevé la ley en los ordinales cuarto y quinto del apartado 3 del artículo 178 bis Ley Concursal.».

de revocación legalmente previsto[1282], no sería preciso que el legislador dispusiese la figura de la revocación de la exoneración.

En el mismo sentido, por implicar la exoneración la extinción del derecho de crédito, la ley debe excepcionar expresamente la accesoriedad de las garantías con el fin de preservar su esencia –esto es, que los acreedores puedan dirigirse contra los garantes si el deudor resulta insolvente–. Así lo establece la LRC, que mantiene expresamente la exclusión de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, tal y como estaba prevista en el art. 502 TRLC

[1282] *Vid.* CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., pp. 334-335.

original[1283], y la extiende a los aseguradores, al hipotecante no deudor[1284], y a quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda exonerada (cf. art. 492 TRLC). Se excepciona legalmente, por tanto, de forma

[1283] El TRLC recogía así las novedades introducidas por la LSOP, que aclaró las implicaciones de la exoneración sobre los responsables solidarios y subsidiarios y sus efectos sobre la acción de reembolso (cf. art. 1838 CC). Este cambio constituyó una mejora reseñable con respecto al régimen establecido por la LEI, que omitía cualquier referencia a este respecto. De conformidad con una interpretación extensiva del art. 240 de la LC, que regulaba los efectos del AEP salvando las acciones de los acreedores para dirigirse contra los garantes del concursado, cabía interpretar que los acreedores de cuyos créditos fuera exonerado el deudor podían ejercitar las garantías personales. Esta interpretación, sin embargo, contradecía el principio general de accesoriedad de las garantías personales (cf. arts. 1847 y 1143 del CC). Así, la modificación introducida por el RDL 1/2015 preserva su esencia y finalidad, que no es otra que la posibilidad de que el acreedor reclame al responsable subsidiario en caso de que el deudor principal incumpla con su obligación (en este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "¿Un régimen de segunda oportunidad?", ob. cit., p. 12). Así lo había señalado el Banco Mundial: «*When debtors file for insolvency they are obviously insolvent and, thus, the guarantor's liability necessarily comes into the picture. If the guarantor's liability were adjusted in such a situation, the creditors would be less protected and less willing to give credit*. » (cfr. WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013, p. 126).

[1284] La referencia al hipotecante no deudor no estaba expresamente prevista en el TRLC original ni en el PLRC. La doctrina entendía que esta figura podía quedar implícitamente comprendida en la alusión a aquellos que «por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda exonerada» (*vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 65; FACHAL NOGUER, N.: "¿Cuáles son los efectos que proyecta la exoneración de pasivo insatisfecho sobre los terceros garantes?", *La Ley Insolvencia*, nº 11, 2022, consultado en Smarteca, pp. 1-3); tal y como reconoció la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 10 de diciembre de 2019, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Castelldefels por la que suspende la cancelación de una hipoteca (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2020, pp. 23777-23790). La resolución desestima el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Castelldefels por la que suspende la cancelación de una hipoteca, solicitada con base en la exoneración concedida a los deudores de la obligación principal. La DGRN confirma la nota de calificación del registrador de la propiedad con base en un criterio teleológico que haría equiparable la excepción de la accesoriedad de las garantías prevista en el art. 502 del TRLC original a la posición del hipotecante no deudor, con el fin de facilitar la segunda oportunidad al deudor y respetar, a su vez, el interés equitativo de los acreedores. En consecuencia, la DGRN confirma que el acreedor puede ejercitar la acción frente al hipotecante no deudor, por lo que no procede la cancelación de la hipoteca cuando la obligación garantizada haya sido objeto de la exoneración concedida al deudor. Se colma así «una laguna casuística en cuanto falta pronunciamiento expreso sobre un tipo de garante como es el hipotecante no deudor» [cfr. CUENA CASAS, M.: "El hipotecante no deudor y la exoneración del pasivo insatisfecho (Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2019)", ob. cit., consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas].

expresa, la accesoriedad de las garantías con el fin de preservar su esencia[1285]. Si la exoneración sólo reconociese al deudor una excepción oponible al acreedor frente a la exigibilidad del pago, no sería necesario que la ley determinase los efectos de la exoneración sobre los obligados solidarios y los garantes personales del deudor[1286].

Por tanto, una interpretación literal, sistemática y teleológica de la normativa reguladora de la exoneración del pasivo insatisfecho conduce a concluir que la exoneración –incluso «provisional», de acuerdo con la terminología legal– implica la extinción de los derechos de crédito incluidos en su ámbito objetivo.

Además, la LRC establece expresamente que los créditos por acciones de repetición o regreso quedarán afectados por la exoneración en las mismas condiciones que el crédito principal y, en caso de que dicho crédito gozase de garantía real, será tratado como crédito garantizado (cf. art. 492.2 TRLC)[1287]. Esta afectación, sin embargo, podría quedar excepcionada por el juez si la exoneración del crédito de reembolso pudiera implicar la insolvencia del garante-acreedor de reembolso (cf. art. 489.2 TRLC); y, en cualquier caso, nada obsta para que el garante, en caso de resultar insolvente, pueda a su vez solicitar la declaración de concurso y la exoneración del pasivo que le sea exigido por tal

[1285] *Vid.* CNUDMI-UNCITRAL: *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, ob. cit., p. 335. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La generosa aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad y su posible impacto en el mercado de crédito", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 80, julio - agosto 2018; "El hipotecante no deudor y la exoneración del pasivo insatisfecho (Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2019)", ob. cit., pp. 451-464. En contra, se ha sostenido que la no extensión de la exoneración a los garantes se basa en el hecho de que la exoneración no supone la extinción del crédito sino solamente su inexigibilidad (*vid.* SENDRA ALBIÑANA, A.: "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal", ob. cit., p. 153; PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 258). Por su parte, argumenta TOMÁS TOMÁS, S. que la posibilidad de reclamar el crédito frente a los obligados solidarios o la subsistencia de la garantía respecto a los fiadores o avalistas del deudor exonerado debe interpretarse en el sentido de que «el crédito sigue existiendo solo que no puede hacerse valer frente al deudor favorecido por la exoneración», lo que justificaría descartar que la exoneración haya supuesto la extinción del derecho de crédito (*vid.* "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas).

[1286] Defiende esta interpretación CUENA CASA, M.: "El hipotecante no deudor y la exoneración del pasivo insatisfecho (Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2019)", ob. cit., pp. 451-464, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

[1287] Una interpretación similar del art. 492.2 del PLRC había hecho FACHAL NOGUER, N.: "¿Cuáles son los efectos que proyecta la exoneración de pasivo insatisfecho sobre los terceros garantes?", *La Ley Insolvencia*, nº 11, 2022, consultado en Smarteca, p. 6.

condición[1288]. Por lo demás, no hay que perder de vista que la exoneración del crédito que pudiera ostentar el asegurador contra el asegurado[1289] no se refiere a indemnizaciones excluidas de exoneración (cf. art. 489.1. 1º PLRC), sino a las que sean susceptibles de ella como, por ejemplo, las derivadas de responsabilidad civil contractual, incluso en caso de dolo[1290].

Por lo demás, la LRC aclara la controversia suscitada por el art. 499 del TRLC original, y declara que los acreedores de créditos no exonerables mantendrán en todo caso la plenitud de sus acciones, y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de sus créditos (cf. párrafo segundo del art. 490 TRLC).

Por último, la LRC aborda el supuesto del deudor casado en gananciales que obtiene la exoneración cuando su cónyuge no ha sido declarado en concurso.

El art. 501 del TRLC original corrigió la previsión contenida en el art. 178 bis.5 de la LC, que extendía la exoneración del pasivo insatisfecho al cónyuge del concursado respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común, de manera que cabía entender que los acreedores gananciales perdían el derecho a dirigirse contra su patrimonio privativo, lo que

[1288] *Vid.* Auto del Juzgado Mercantil n. 3 de Barcelona de 1 de octubre de 2015. En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., p. 19.

[1289] El art. setenta y seis de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17/10/1980), establece: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, *sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste*, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.».

[1290] La doctrina ha analizado con detalle este supuesto: «Cuando se trata de responsabilidad civil contractual, es posible la exoneración de la indemnización incluso cuando sea causada dolosamente. No se trata de asegurar el dolo, dado que está formalmente viva la acción de repetición (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015). Sin embargo, si se admite que la exoneración le es oponible al asegurador que ejercita la acción en vía de regreso frente al asegurado, realmente se estaría asegurando la conducta dolosa en contra del art. 19 de la LCS 56. Para evitar este perverso resultado, cabría acudir a la cláusula general del art. 487.1. 6.º que introduce un concepto valorativo de buena fe. Se podría entender que cuando el deudor "se ha comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de evacuar sus obligaciones" debe excepcionarse la exoneración por mala fe del deudor. De no alegarse en tiempo y forma esta excepción, los daños contractuales derivados del incumplimiento doloso de un contrato son deuda exonerable y tal exoneración es oponible a la compañía de seguros que paga el perjudicado a través de la acción directa del art. 76 LCS.» (cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 65).

contravenía el tenor del art. 1369 del CC[1291]. Aunque se trataba de una corrección oportuna[1292], la redacción del precepto era mejorable[1293].

De acuerdo con la LRC, cuando el concursado tenga un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad que no se hubiese liquidado, la exoneración que afecte a deudas gananciales contraídas por el cónyuge del concursado o por ambos cónyuges no se extenderá a aquél, en tanto no haya obtenido él mismo «el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho» (cf. art. 491 TRLC). Más allá del error de referirse al «beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho», la nueva redacción mejora la prevista en el TRLC, pues preserva con mayor claridad la garantía del patrimonio privativo del cónyuge del concursado prevista en la legislación civil[1294].

Por lo demás, la LRC prevé acertadamente que la resolución judicial que apruebe la exoneración definitiva incorporará mandamiento a los acreedores afectados para que comuniquen la exoneración a los sistemas de información crediticia a los que previamente hubieran informado del impago o mora de deuda exonerada para la actualización de sus registros y, en todo caso, que el deudor podrá recabar testimonio de la resolución para

---

[1291] El art. 1369 del CC establece: «De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta.».

[1292] *Vid.* CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, ob. cit., p. 343.

[1293] El art. 501 del TRLC establecía: «1. Si el régimen económico del matrimonio el deudor [*sic*] fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder esos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso.

2. La misma regla será de aplicación a los bienes de la sociedad o comunidad conyugal ya disuelta en tanto no haya sido liquidada.

3. Queda a salvo la facultad de los acreedores de dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del deudor por sus deudas propias en tanto no haya obtenido este el beneficio de la exoneración del pasivo.».

Al respecto, la doctrina señaló: «Debería especificarse que los acreedores que pueden dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado son los acreedores comunes que contrataron con él. Los acreedores gananciales que contrataron con el concursado solo pueden agredir el patrimonio ganancial y el privativo del concursado. Por otro lado, no puede decirse que los acreedores gananciales pueden dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado cuando se trata de «deudas propias» pues este término confunde con deudas privativas. Debe tratarse de deudas gananciales asumidas exclusivamente por el cónyuge del concursal en el ámbito del art. 1365 del Código Civil.» (cfr. CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", ob. cit., pp. 18-19).

[1294] Celebra este cambio CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 67; AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., p. 297. Sobre las implicaciones de esta norma en supuestos prácticos, *vid.* CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023, pp. 195-201.

requerir directamente a los SIC esta actualización (cf. art. 492 ter TRLC), lo que favorecerá «la pronta reincorporación del deudor exonerado a la vida económica»[1295]. Aunque la normativa sobre protección de datos personales ya prevé la posibilidad de actualizar los datos[1296], no está de más que se contemple en la legislación concursal.

5. Evaluación del régimen jurídico: incumplimiento de la obligación de sancionar el préstamo irresponsable de forma efectiva, proporcionada y disuasoria

Tras haber analizado el régimen de segunda oportunidad previsto en la LRC, teniendo en cuenta los antecedentes normativos de los que partíamos, debemos valorar si el mismo cumple las dos premisas que permiten considerarlo una vía para el fomento del préstamo responsable: (*i*) que se favorezca su otorgamiento –esto es, que no sea restrictivo– y (*ii*) que para su concesión se tenga en cuenta la conducta del acreedor que ha causado la insolvencia del deudor.

El régimen de segunda oportunidad introducido en la legislación concursal por la LEI, modificado sucesivamente por el RDL 1/2015 y la LSOP, y posteriormente refundido en el TRLC original, constituyó un primer paso para hacer nuestro sistema más solidario frente a las situaciones que pueden conducir a la insolvencia[1297]. No podemos dejar de reconocer el esfuerzo del legislador de establecer un sistema para la recuperación de los deudores de buena fe tras la conclusión del concurso de acreedores.

[1295] Cfr. Apartado IV de la Exposición de Motivos del PLRC. Sobre la importancia de la actualización de los sistemas de información crediticia en el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho, *vid.* REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, ob. cit., p. 179. En el mismo sentido, celebra la introducción de este precepto CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 67.

[1296] *Vid.* Art. 14 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 06/12/2018) y art. 65.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE núm. 281, de 23/11/2002) respecto de los datos negativos incluidos en la CIRBE; sin perjuicio de que, como se ha dicho, «en muchos casos no será necesario promover esta rectificación porque la publicidad del dato negativo de solvencia tiene una duración de 5 años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito (art. 20 LOPDyGDD). Es muy probable que decretada la exoneración ya haya transcurrido dicho plazo. Cuando se trata de datos reportados a CIRBE, se conservarán durante diez años contados desde la fecha a la que se refieran (art. 64 Ley 44/2002).» (cfr. CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 67).

[1297] Como se ha dicho, «Whether a society forgive its debtors and how it bestows or with-holds forgiveness are matters of economic and legal consequence. They also go to the heart of what a society values.» (Cfr. MANN, B. H.: *Republic of debtors. Bankruptcy in the age of American independence*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2002, p. 2).

Sin embargo, el régimen de segunda oportunidad establecido en esta normativa no estimulaba el préstamo responsable, pues disponía un ámbito objetivo restrictivo –frente a una definición laxa de su ámbito subjetivo–, y no preveía la valoración de la conducta del acreedor que eventualmente hubiese causado la insolvencia del deudor.

En contra de este planteamiento, para preservar el equilibrio del sistema de segunda oportunidad, el régimen legal debe ser riguroso en la evaluación de la buena fe del deudor para restringir el acceso de deudores oportunistas, lo que permite que la norma prevea exoneraciones generosas sin que ello perjudique la cultura de pago con el consecuente aumento generalizado del coste de crédito[1298]. Una rigurosa evaluación de la condición de deudor "honesto pero desafortunado" constituye la verdadera salvaguarda del sistema, evitando que a través de la exoneración del pasivo insatisfecho se produzca un debilitamiento de las garantías del mercado crediticio como consecuencia de la actuación de deudores oportunistas. A su vez, para que el sistema de segunda oportunidad fomente el préstamo responsable la exoneración debe tener un ámbito objetivo amplio pues, de lo contrario, los acreedores no se verán condicionados al evaluar la solvencia del prestatario por las posibles consecuencias que el incumplimiento de su obligación pueda tener en caso de que el este devenga insolvente.

Con la LRC, el régimen de segunda oportunidad español resulta ciertamente menos restrictivo que el previsto en el TRLC proveniente de la LSOP[1299], pero mantiene dos carencias de la anterior regulación: la limitada exoneración del crédito público y la falta de tratamiento del préstamo irresponsable a los efectos de la exoneración del pasivo insatisfecho.

La limitada exoneración del crédito público desincentiva a los empresarios de solicitar la exoneración. Con ello, a su vez, el incentivo de los prestamistas para cumplir sus obligaciones de préstamo responsable resulta menos potente, a sabiendas que muchos

[1298] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 47; SENDRA ALBIÑANA, A.: "A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad (Análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal)", *La Ley Insolvencia*, nº 7, 2021, consultado en Smarteca, p. 8; AZOFRA VEGAS, F.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", ob. cit., pp. 284.

[1299] Con todo, se ha destacado que el legislador español ha optado «por el régimen más restrictivo de exoneración del pasivo de los previstos por la Directiva comunitaria» (cfr. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Notas sobre la exoneración del pasivo insatisfecho", BERMEJO, N. / FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. / MARTÍN MARTÍN, A. / ARRUÑADA, B. / DE LA FUENTE, A.: *Comentarios al proyecto de reforma concursal*, Fedea Policy Paper 2022/03, febrero de 2022, p. 23).

prestatarios no solicitarán la exoneración. Es cierto que la ampliación de los límites de exoneración del crédito público durante la tramitación parlamentaria del PLRC ha mejorado este aspecto de la regulación, especialmente para los pequeños empresarios; pero el blindaje al crédito público en la LRC sigue siendo notable.

Por otra parte, la LRC sigue sin valorar la conducta del acreedor en la concesión del crédito que eventualmente hubiera causado la insolvencia y no se prevé la subordinación de los créditos de los que sean titulares estos acreedores. Si bien este defecto se ve paliado por la inclusión con carácter general de todas las deudas en el ámbito objetivo de la exoneración, lo que permite la exoneración de los *préstamos irresponsables*, la LRC considera como *no exonerables* los créditos con garantía real –en la mayoría de los casos, préstamos y créditos hipotecarios–.

Así, el incumplimiento del prestamista hipotecario de la obligación de evaluar la solvencia no tiene efectos en el concurso: aunque el prestatario solicite la exoneración, el prestamista tendrá en todo caso garantizado su recobro hasta el límite de la garantía; y, en el caso de los empresarios, por efecto de la exclusión general del crédito público, muchas veces no perderán ni la parte no cubierta por la garantía, pues no se solicitará la exoneración, y se abonará en liquidación a prorrata junto con el resto de los créditos ordinarios.

La LRC pierde así la oportunidad de sancionar eficazmente el préstamo hipotecario irresponsable; precisamente, el más pernicioso, tanto por las consecuencias a nivel social que tiene para el prestatario cuando afecta a su vivienda habitual, como por los estragos que puede ocasionar en términos macroeconómicos a través del mercado de titulizaciones, tal y como se puso de manifiesto en la crisis económica de 2008.

La reforma del TRLC para la transposición de la DRI era una buena oportunidad para introducir en sede concursal la sanción al préstamo concedido con incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario cuando dicha financiación sea la causa de su insolvencia. La DRI no lo impide, y sería conforme a las previsiones de los arts. 23 de la DCC y 38 de la DCI que señalan que las sanciones al incumplimiento de las normas sobre evaluación de la solvencia deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias[1300].

[1300] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", ob. cit., p. 21.

Es más, con la exclusión en la LRC de los créditos garantizados del ámbito de la exoneración hasta el límite de la garantía, se confirma la incorrecta transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la DCI.

Así, como hemos analizado en otras partes del presente estudio, la normativa de transposición de la DCC y la DCI solamente ha señalado de manera expresa sanciones administrativas al incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario (*vid.* arts. 34 LCC y 47 LCCI); régimen sancionador que, como ya argumentamos en su lugar[1301], no resulta ni efectivo ni disuasorio, tal y como exigen la DCC y la DCI. Ante la ausencia de una sanción civil expresamente recogida en la normativa, la consecuencia jurídica civil del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario será la responsabilidad civil contractual del prestamista ex art. 1101 del CC; solución que, como hemos desarrollado[1302], no es la idónea, sino que se trata de la única opción que el sistema actualmente vigente otorga a los prestatarios para tratar de obtener un resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el préstamo irresponsable[1303]. Se trata, en fin, de una vía posible, pero que, en la práctica resulta poco ventajosa para el prestatario, de modo que incumple el principio de efectividad exigido por las Directivas, según el cual no debe hacerse «imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión"[1304] y, a la postre, supone una incorrecta transposición de las directivas DCC y DCI[1305].

En vista de lo anterior, la correcta transposición de la DCI exigiría que el préstamo irresponsable hipotecario fuese penalizado en sede concursal, precisamente para que el incumplimiento de las obligaciones de evaluación de la solvencia fuese sancionado de forma efectiva, proporcionada y disuasoria, en los casos en que el deudor devenga

[1301] *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 3.

[1302] *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 4.1.5.

[1303] Sin perjuicio de lo previsto en el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 16 de diciembre de 2022, Núm. 134-1, pp. 1-44), actualmente en tramitación parlamentaria.

[1304] *Vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C-449/13, CA Consumer Finance SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (ECLI:EU:C:2014:2464), apartado 23.

[1305] En este sentido, *vid.* CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", ob. cit., p. 8.

insolvente como consecuencia de dicho incumplimiento[1306]. En contra del mandato de la DCI, como hemos visto, el legislador español sólo ha previsto de manera expresa sanciones administrativas con nulo efecto disuasorio, y las soluciones doctrinales que pueden alcanzarse por vía interpretativa de la regulación de la evaluación de la solvencia son limitadas.

En este sentido, el TJUE ha confirmado que el art. 23 de la DCC debe interpretarse en el sentido de que el examen del carácter efectivo, proporcionado y disuasorio que, de acuerdo con dicho artículo, deben reunir las sanciones frente al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario prevista en el artículo 8 de la DCC, debe efectuarse teniendo en cuenta, de conformidad con el artículo 288.3 del TFUE, no solo la disposición adoptada específicamente en el Derecho nacional para transponer esa Directiva, sino también todas las disposiciones de dicho ordenamiento jurídico, interpretándolas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de los objetivos de la propia Directiva con el fin de obtener un resultado compatible con los objetivos que esta persigue[1307].

Por tanto, la falta de previsión en el Derecho concursal español de sanciones al incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario que resulten disuasorias permite concluir que el ordenamiento concursal no favorece como debería –de acuerdo con la doctrina del TJUE– la consecución de los objetivos tuitivos del consumidor de las Directivas DCC y DCI; lo que podría hacer conveniente plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Por todo ello, entendemos que la correcta transposición de las directivas DCC y DCI requiere el establecimiento de sanciones civiles con efectos en la esfera contractual del prestatario afectado; sanciones que, atendiendo a la jurisprudencia sentada por el TJUE en la materia, deben suponer la privación al prestamista de los intereses moratorios

[1306] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", ob. cit., p. 54.

[1307] *Vid.* STJUE (Sala Sexta) de 10 de junio de 2021 en el asunto C-303/20 entre Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA y KM (ECLI:EU:C:2021:479), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal polaco del Distrito de Opatów, Sala 1.a de lo Civil, sobre la interpretación de los artículos 8 y 23 de la DCC, en el contexto de un litigio entre Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA y KM –una persona física–, en relación con el pago de un crédito derivado de un contrato de crédito al consumo. En el mismo sentido, *vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan (ECLI:EU:C:2014:190), apartado 54, y STJUE (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020, en el asunto C-679/18, OPR-Finance s.r.o. y GK (ECLI:EU:C:2020:167), apartado 41.

y remuneratorios establecida en la ley y que pueda ser impuesta al prestamista como consecuencia de la revisión de oficio por parte del juez del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario[1308]. A su vez, atendiendo a la doctrina sentada por el TJUE, para que el conjunto del ordenamiento jurídico español favorezca la consecución de los objetivos de las directivas DCC y DCI, en sede concursal debe verificarse que el prestamista cumplió con su obligación de evaluar la solvencia del prestatario concursado y, en caso de constatar que su incumplimiento constituye la causa de la insolvencia, el crédito del prestamista debe perder –en su caso– la garantía real, ser subordinado y verse afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho.

[1308] *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 5.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el marco de las políticas de préstamo responsable, la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario constituye una medida preventiva de la insolvencia consistente en que el acreedor valore si el deudor ha asumido una cantidad de deudas tal que si se le concediese el préstamo se le colocaría en una situación de sobreendeudamiento entendido como «insolvencia probable» o «insolvencia inminente». Definido el «sobreendeudamiento» como un fenómeno socioeconómico consistente en un deterioro generalizado de la situación económica del deudor y las personas de él dependientes que, eventualmente pudiera derivar en una imposibilidad de atender sus obligaciones; se trata de una situación distinta de la «insolvencia» y anterior a ella, pues esta se define como un estado jurídico-legal que entraña una incapacidad para el cumplimiento o un incumplimiento que colocan al deudor en la obligación de solicitar la declaración formal de su insolvencia y la apertura de un procedimiento judicial para gestionar el pago a sus acreedores. «Sobreendeudamiento» e «insolvencia» son, por tanto, conceptos distintos, que sólo pueden equipararse cuando esta toma el carácter de «insolvencia probable» o «insolvencia inminente» (cf. art. 2.3 del TRLC).

SEGUNDA: Con base en el «principio de actuación en el mejor interés del cliente», que concreta en el mercado financiero el principio general de buena fe (cf. arts. 7 y 1258 CC) y orienta e informa la interpretación de la normativa sobre evaluación de la solvencia e integra sus eventuales lagunas (cf. art. 1.4 CC); de acuerdo con una interpretación teleológica de la normativa sobre préstamo responsable, la evaluación de la solvencia se define como el estudio de la capacidad y proclividad de pago del prestatario, en relación con sus necesidades, preferencias y objetivos, en el marco de la oferta de crédito, con el objetivo principal de evitar el sobreendeudamiento y eventual insolvencia del deudor.

TERCERA: En Derecho español, las normas sobre evaluación de la solvencia del prestatario tienen el carácter de normativa de ordenación y disciplina de las entidades de crédito cuyo fin es la protección del cliente, de modo que la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario constituye una norma de conducta de las entidades de crédito que ha sido extendida a todos los prestamistas profesionales. En consecuencia, la normativa de conducta de evaluación de la solvencia se superpone con la regulación prudencial de gestión del riesgo de crédito, que tiene por objeto el estudio de las

características de la operación de crédito desde el punto de vista del prestamista para ajustar el coste del crédito en función de la prima de riesgo y, en su caso, provisionar el riesgo de impago con el fin de preservar la solvencia de la entidad. Si bien los objetivos de ambas normativas son diferentes, las entidades de crédito perciben un solapamiento normativo, pues deben aplicar las políticas y procedimientos de gestión de riesgo de crédito de acuerdo con la normativa prudencial, pero deben adoptar la decisión final de concesión atendiendo, además, a las normas de conducta de evaluación de la solvencia.

CUARTA: La caracterización de la evaluación de la solvencia como norma de conducta resulta relevante en relación con las consecuencias que entraña su incumplimiento: mientras que la infracción de normas prudenciales tiene como única consecuencia la imposición de sanciones administrativas; la contravención de normas de conducta implica, además de la imposición de sanciones administrativas –en cuanto normas de carácter administrativo cuyo cumplimiento es supervisado por las autoridades financieras–, la eventual reclamación por parte del cliente de la responsabilidad de la entidad por el incumplimiento de sus obligaciones, en tanto que se trata de normas que integran la diligencia de la entidad financiera y que, por tanto, tienen efectos de Derecho privado (cf. art. 1258 CC). En este sentido, la regulación en Derecho español de la evaluación de la solvencia como norma de conducta resulta imperfecta al no haber positivizado consecuencias contractuales al incumplimiento de la obligación, y haberse limitado a imponer sanciones administrativas al incumplimiento, como si de una norma meramente prudencial se tratara.

QUINTA: Asumiendo la caracterización consagrada por el Tribunal Supremo de los contratos de préstamo y crédito como contratos consensuales y bilaterales, junto a las obligaciones recíprocas esenciales –del prestamista, de poner a disposición el dinero; y del prestatario, de reintegrar el principal y los intereses pactados–, la configuración jurídica del contrato incluye la evaluación de la solvencia como obligación accesoria precontractual del prestamista profesional consistente en una obligación de medios definida como el deber del prestamista de realizar las operaciones previstas en la ley y obtener una valoración técnicamente correcta sobre la capacidad y proclividad del prestatario para cumplir las obligaciones de pago previstas en el contrato, sin que forme parte del contenido de la obligación del prestamista la certeza sobre el cumplimiento del deudor; y de ajustar la oferta de crédito al resultado de la evaluación de la solvencia. Así lo indica una interpretación literal y teleológica del art. 18.5 de la DCI, transpuesto en el

art. 11.5 de la LCCI, junto a una interpretación sistemática en relación con las normas sobre gobernanza de productos; y una interpretación teleológica de la normativa de carácter general y de crédito al consumo, de acuerdo con la doctrina del TJUE y la revisión de la DCC plasmada en la Propuesta de DCC 2021.

SEXTA: En consecuencia, constituyen incumplimientos de la obligación contractual accesoria de evaluar la solvencia del prestatario:

a) La contratación del préstamo sin realizar la evaluación de acuerdo con las operaciones previstas en la ley para analizar la capacidad de pago o las perspectivas de cumplimiento del prestatario, de tal modo que la falta de realización de todas o alguna de dichas operaciones implicará que el prestamista incurra en incumplimiento; y

b) La contratación del préstamo en contra del resultado de la evaluación de la solvencia, es decir, sin haber ajustado la oferta de crédito al resultado de la evaluación.

SÉPTIMA: Cumplido el deber de realizar la evaluación de la solvencia de acuerdo con las operaciones previstas en la ley, si su resultado indica que es probable que las obligaciones del contrato se cumplan de acuerdo con sus condiciones, el prestamista no tiene obligación de contratar, pues se preserva la libertad de contratación y de empresa. Ante un eventual incumplimiento del prestatario, el prestamista quedará exonerado de responsabilidad con base en el resultado positivo de la evaluación, y se entenderá que el deudor incumple, bien porque carece de voluntad de pago, bien porque carece de capacidad de pago debido a circunstancias sobrevenidas que habrían motivado un sobreendeudamiento pasivo, o como consecuencia de la asunción de excesivos compromisos de pago adquiridos con posterioridad al momento en que se realizó la evaluación de la solvencia.

OCTAVA: De acuerdo con una interpretación lógica, teleológica y sistemática de la obligación de evaluar la solvencia, la consulta de bases de datos de solvencia patrimonial resulta preceptiva en todo caso, tanto para crédito al consumo, como para crédito hipotecario. Sin embargo, la virtualidad de los ficheros de solvencia para prevenir el sobreendeudamiento en España es sumamente limitada pues la normativa sobre protección de datos permite el acceso a datos de solvencia negativos, mientras que plantea importantes restricciones al flujo de datos positivos de solvencia que evidencian el nivel

de endeudamiento del prestatario. Esta información asimétrica por fallos en el sistema de información crediticia aumenta el riesgo de selección adversa, lo que provoca que los prestamistas endurezcan las condiciones de acceso al crédito para buenos y malos pagadores, produciéndose un racionamiento de la financiación y un aumento generalizado del coste crediticio.

NOVENA: La falta de información completa sobre datos de solvencia resta eficiencia a la regulación sobre préstamo responsable para prevenir el sobreendeudamiento activo. Los sistemas de información positiva permiten identificar a los deudores sobreendeudados que aún no han incumplido; posibilitan evaluar tanto la capacidad de pago como la proclividad de pago del cliente; y facultan a los prestamistas para ajustar de manera más acertada el coste crediticio a la prima de riesgo real del solicitante de crédito. Por ello, debe establecerse en España un sistema de información crediticia público positivo que incluya los datos que obtienen en la actualidad los bureaus privados; o bien un sistema mixto (público y privado) en el que se garantice la seguridad en materia de protección de datos personales a través de una regulación que favorezca el funcionamiento de los bureaus privados con los debidos controles para que no compartan información con sujetos no autorizados y adopten las medidas oportunas para garantizar la certeza de los datos.

DÉCIMA: La consecuencia jurídica expresamente prevista en la normativa sobre evaluación de la solvencia frente a su incumplimiento es la imposición al prestamista de sanciones administrativas. La ausencia de efectos de las sanciones administrativas en el contrato suscrito hace que el prestatario no se vea resarcido del daño que el prestamista le hubiere causado con su incumplimiento, y hace que carezca de incentivos para instar que se inicie el procedimiento administrativo contra la entidad, por lo que la investigación de estas infracciones queda en manos de un supervisor con capacidad limitada de inspección. Por ello, un marco sancionador del préstamo irresponsable únicamente administrativo no cumple con el requisito de que las sanciones sean efectivas y disuasorias; sin perjuicio de que la imposición de tales sanciones queda justificada en todo caso en beneficio del conjunto del mercado.

UNDÉCIMA: Ante la ausencia de una sanción civil expresamente recogida en la normativa, y descartadas la declaración de nulidad radical del contrato (ex art. 6.3 CC) y otras sanciones civiles que entrañen la ineficacia del contrato con consecuencias de devolución de contraprestaciones, como son la rescisión (ex arts. 1290 y ss. del CC) o la

resolución del contrato (ex art. 1124 del CC); el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario tiene como consecuencia jurídica –sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas–, la responsabilidad civil contractual del prestamista ex art. 1101 del CC. Si bien se trata de una acción posible en cuanto a la existencia del incumplimiento y a la culpa-negligencia del prestamista como título de imputación; la acreditación del daño y la relación de causalidad entre la concesión irresponsable del préstamo y el desbalance patrimonial del prestatario, entrañan graves dificultades que privan a esta consecuencia jurídica de efectividad. En consecuencia, siendo la exigencia de responsabilidad civil el único modo en que la vigente regulación permite al prestatario obtener el resarcimiento de los daños causados por el prestamista irresponsable, cabe concluir que la normativa sobre evaluación de la solvencia carece de sanciones efectivas y verdaderamente disuasorias ante el incumplimiento.

DUODÉCIMA: La correcta transposición de las directivas DCC y DCI requiere establecer sanciones civiles al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, con efectos en la esfera contractual del prestatario afectado. A la vista de la jurisprudencia del TJUE, *lege ferenda* estas sanciones pueden consistir en la privación al prestamista de los intereses moratorios y remuneratorios establecida en la ley, que debe poder ser impuesta por el juez al apreciarse el incumplimiento de la evaluación de la solvencia alegado por el prestatario como excepción ante la acción del prestamista frente al incumplimiento de pago; y también como consecuencia de la revisión de oficio por parte del juez del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Esta sanción permite el resarcimiento al prestatario del daño causado por el prestamista, debiendo el prestatario alegar el incumplimiento y acreditar el daño –el sobreendeudamiento activo y eventual insolvencia–, presumiéndose la relación de causalidad; lo que evita los inconvenientes de prueba y costes procesales asociados a la reclamación de la responsabilidad civil contractual.

DECIMOTERCERA: Atendiendo a la doctrina del TJUE, para que el conjunto del ordenamiento jurídico español favorezca la consecución de los objetivos de las directivas DCC y DCI, su correcta transposición mediante el establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias al préstamo irresponsable exige que en sede concursal se estimule favorablemente el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario imponiendo la verificación del cumplimiento de esta obligación y, en caso de constatar que su incumplimiento constituye la causa de la insolvencia del prestatario

concursado, el crédito del prestamista debe perder –en su caso– la garantía real, ser subordinado y verse afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho.

DECIMOCUARTA: La exoneración del pasivo insatisfecho constituye un derecho del deudor a ser excepcionado de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal una vez concluido el concurso de acreedores de la persona física, a solicitud del deudor y por efecto del fallo del juez, sin necesidad del consentimiento del acreedor. Se trata de un supuesto de condonación de deudas de naturaleza no convencional adoptada por decisión judicial *ex lege*, que se enmarca en el sistema de ejecución de las obligaciones como excepción al derecho del acreedor a instar la ejecución sobre los bienes del deudor ex art. 1911 del CC. Una interpretación literal, sistemática y teleológica de su normativa reguladora conduce a concluir que la exoneración implica la extinción de los derechos de crédito incluidos en su ámbito objetivo, en vista de que se reconoce legalmente la revocación como mecanismo para declarar su ineficacia, y se excepciona legalmente de forma expresa la accesoriedad de las garantías con el fin de preservar su esencia.

DECIMOQUINTA: El fomento del préstamo responsable a través de la exoneración del pasivo insatisfecho requiere que la regulación (*i*) favorezca su otorgamiento y (*ii*) tenga en consideración la conducta del acreedor que ha causado la insolvencia. Para ello, la regulación de las deudas exonerables debe ser suficientemente amplia para que el sistema no resulte restrictivo, frente al rigor que debe presidir la exigencia de la buena fe del deudor para no perjudicar la cultura de pago. A su vez, la normativa concursal debe prever la comprobación del cumplimiento por parte del prestamista de su obligación de evaluar la solvencia, la subordinación en el procedimiento del crédito derivado del préstamo irresponsable, y la posibilidad de obtener su exoneración.

DECIMOSEXTA: El régimen español de segunda oportunidad no favorece suficientemente el préstamo responsable pues no contempla expresamente el examen de la conducta del acreedor en la concesión del crédito que eventualmente hubiera causado la insolvencia, que en todo caso debe realizarse de acuerdo con lo previsto en la normativa sobre evaluación de la solvencia. La valoración de la conducta del deudor en su sobreendeudamiento no puede hacerse sin evaluar, a su vez, el comportamiento del acreedor, pues de lo contrario se fomenta la actuación de los acreedores en riesgo moral. Si bien la LRC permite la exoneración con carácter general de todo el pasivo insatisfecho, incluido el préstamo irresponsable, se excluyen de ella las deudas con garantía real dentro

del límite de la garantía, lo que supone que el prestamista hipotecario irresponsable eluda la exoneración hasta el límite de la garantía. A su vez, el régimen de los concursos sin masa *ab initio* permite considerar que existe una *tercera modalidad* de exoneración, sin liquidación y sin plan de pagos; interpretación que debe descartarse pues provoca que el acreedor irresponsable cuyo crédito supere el valor de la garantía pueda eludir la exoneración de la parte del crédito que excede la garantía hipotecaria, en una vulneración frontal de la DRI y del art. 38 de la DCI.

DECIMOSÉPTIMA: Para que el régimen de segunda oportunidad fomente el préstamo responsable, *lege ferenda*:

a) debe favorecerse que el deudor solicite la exoneración (*i*) facilitando que pueda obtenerla a través de la modalidad de plan de pagos, e (*ii*) incluyendo en su ámbito objetivo el crédito público; y

b) debe estimularse el cumplimiento por los prestamistas hipotecarios de la obligación de evaluar la solvencia (*i*) estableciendo la obligación de acreditarlo con la comunicación de su crédito en el concurso; (*ii*) instrumentando la pérdida de la garantía real y la subordinación del crédito en el procedimiento; e (*iii*) incluyendo en el ámbito de la exoneración el principal del préstamo.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *A second chance for entrepreneurs. Prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*, Final Report of the Expert Group, Enterprise and Industry Directorate General, European Commission, January 2011.

AA.VV.: "Exoneración del pasivo insatisfecho. Art. 178 bis. Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 25, 2016, pp. 341-345.

AGUSTINA, L.: "Los jueces facilitarán a hipotecados superar el concurso sin perder el piso", *La Vanguardia*, 11 de mayo de 2015. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/economia/20150511/54431160334/jueces-facilitaran-hipotecados-piso.html#.VVCVo2PY0qg.twitter

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: Normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, Nº 2, abril-junio, 2015, pp. 1-30. Disponible en: http://nreg.es/ojs/index.php/RDC.

ALFARO AGUILA-REAL, J.: "La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo", *Derecho Mercantil*, 8 de abril de 2014. Disponible en: http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html.

ALLEWELDT, F. / KARA, S. (Dirs.): *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact – Final Report, Part 1: Synthesis of findings*, Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC), conducted for Directorate General Health and Consumers (DG SANCO), 04.12.2013 (Final). Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/final-report-on-over-indebtedness-of-european-households-synthesis-of-findings_december2013_en.pdf

ÁLVAREZ LATA, N.: "Notas a la STJUE de 18 de diciembre 2014 (asunto c449/13, Ca Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr.&Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del

principio de crédito responsable: Primeras interpretaciones del TJUE", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 13/2015. Disponible en: https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/726/603

ÁLVAREZ LATA, N.: "Artículo 14. Obligaciones de evaluar la solvencia del consumidor", MARÍN LÓPEZ, M. J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 578-615.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Sobreendeudamiento del consumidor: Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma", SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. / GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. / GARRIDO CHAMORRO, P. J. (Coords.), *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 155-188.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Nº 1, 2018, pp. 103-116, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", CUENA CASAS, M: (Dir.), *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y Consumo Responsables*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 725-810.

ÁLVAREZ VEGA, M. I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010.

ÁLVAREZ-ROYO VILLANOVA, S. / RIVAS RUIZ, A.: "Deshaciendo la madeja de la LCCI", El Notario del Siglo XXI, Nº 89, enero-febrero 2020. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php?option=com_content&view=article&id=9890:deshaciendo-la-madeja-de-la-lcci&catid=86,440:opinion&Itemid=517

ANDERSON, M.: "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", *La Notaria*, Nº. 1, 2019, pp. 12-17. Disponible en: https://www.notarisdecatalunya.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notaria-12019

ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", ARROYO AMAYUELAS, E. / SERRANO DE NICOLÁS, A. (Dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 45-64.

ARMOUR, J. / CUMMING, D.: "Bankruptcy Law and Entrepreneurship", *American Law and Economics Review*, Vol. 10, Issue 2, 2008, pp. 303-350. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1318088

ARROYO AMAYUELAS, E.: "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", *Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo*, Working Paper 9/2018, Universidad de Barcelona, 2018. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/125433/1/WP_2018_9.pdf

ARROYO AMAYUELAS, E.: "La política de préstamo responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 149, enero-marzo, 2018, pp. 65-94. Consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

ASMUNDSON, I: "What Are Financial Services?", Finance & Development, March 2011, pp. 46-47. Disponible en: http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2011/03/pdf/basics.pdf

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018. Disponible en: http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf

ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS): *ACCIS' Response to public consultation on the evaluation of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive – CCD)*, April 2019.

ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS): *Principles on Creditworthiness Assessments. A perspective from the credit reference industry*, 6 November 2018. Disponible en: https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)", PARRA LUCÁN, M.A. (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 139-168.

ATAMER Y.M.: “Duty of responsible lending: should the European Union take action”, GRUNDMANN, S. / ATAMER, Y.M, *Financial services, financial crisis and general European contract law. Failure and challenges of contracting,* Ed. Kluwer Law International, United Kingdom, 2011, pp. 180-202.

AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENTS COMMISSION (ASIC): *Regulatory Guide 209 Credit licensing: Responsible lending conduct*, December 2019. Disponible en: https://asic.gov.au/media/5403117/rg209-published-9-december-2019.pdf

AVGOULEAS, E.: “The Global Financial Crisis and the Disclosure Paradigm in European Financial Regulation: The Case for Reform”, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 6, Num. 4, 2009; consultado en SSRN, pp. 1-41. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486302

AZOFRA VEGAS, F.: “La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 7, 2022, pp. 281-315.

BAR, C. V. / CLIVE, E. M.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (DCFR), prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Outline Edition, Ed. Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009. Disponible en:
https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

BALBUENA, M.: “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio”, PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 117- 179.

BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de reclamaciones*, 2017.

BANCO DE ESPAÑA: *Informe de Estabilidad Financiera*, noviembre 2018.

BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de la supervisión bancaria en España 2019.*

BANCO DE ESPAÑA: *Informe de Estabilidad Financiera*, otoño 2019. Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinancera/19/ficheros/ief_2019_2_Rec1_3.pdf.

BANCO DE ESPAÑA: *Memoria de la supervisión 2021*.

BANCO CENTRAL EUROPEO: Dictamen del Banco Central Europeo de 7 de junio de 2017 sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (CON/2017/22), DOUE, C 236/2, 21.7.2017. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017AB0022&from=ES

BASTANTE GRANELL, V.: *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español*, Ed. Reus, 2020.

BASTANTE GRANELL, V.: *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, Ed. Comares, Granada, 2016.

BENAVIDES VELASCO, P.: "Algunas reflexiones acerca de la nueva norma comunitaria sobre exoneración de deudas", CARBALLO FIDALGO, M. (Coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Ed. Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 143-176.

BEN-SHAHAR, O. / SCHNEIDER, C. E.: "The Failure of Mandated Disclosure", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, 2011, pp. 647-749. Disponible en: https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume159/issue3/BenShaharSchneider159U.Pa.L.Rev.647(2011).pdf

BRAUCHER, J.: "Consumer bankruptcy as part of the social safety net: Fresh start or treadmill?", *Santa Clara Law Review*, Vol. 44, 2004, pp.1065-1092.

CABANAS TREJO, R.: "El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)", *Diario La Ley*, Nº 8505, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2015 (sin número de páginas). Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMjQzNDC7Wy1KLizPw827DM9NS8klS15JzUxCKXxJJU58Sc1LyUxCLbkKLSVABtA0XVNwAAAA==WKE#I4

CABANAS TREJO, R. / RIVAS RUIZ, A.: *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, Ed. Aferre Editor, 2020.

CARRASCO PERERA, A.: «El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 13/2015, pp. 1-9.

CARRASCO PERERA, A.: "Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen español de iure condendo", SARCINA, A. (Dir.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor: sistemas jurídicos europeos a debate*, Ed. EuriConv, Lecce, 2014, pp. 259-268.

CASADO NAVARRO, A.: "La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores", *LaLey*, nº 8636, 2015, pp. 1-18, consultado en Smarteca, pp. 1-26.

CERVERA MARTÍNEZ, M.: "Comentario a la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 17 de junio de 2021 sobre la extralimitación del TRLC en la exoneración pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 4, noviembre 2021, pp. 445-453.

CHEREDNYCHENKO O. O.: "EU Financial Regulation, Contract Law and Sustainable Consumer Finance", *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, No. 4/2020, January 2019, pp. 61-91. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3521472.

CHEREDNYCHENKO O. O. / MEINDERTSMA, J. M.: "Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 42, 2019, pp. 483–519.

CNUDMI-UNCITRAL: *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, Partes I y II, Naciones Unidas, Nueva York, 2006. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: "Las implicaciones del concurso de consumidor para el mercado financiero", ALONSO UREBA, A. / PULGAR EZQUERRA, J., *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2009, pp. 591-618.

COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito: (adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario),* Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

COLLADO-RODRÍGUEZ, N.: "El crédito responsable", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* Vol. 20, 2016, pp. 526-531.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM(2021) 347 final – 2021/0171 (COD)], DOUE C 105/92, 4.3.2022. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021AE3601

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007, COM(2007) 807 final

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Bruselas, 11.05.1995 [COM(95) 117 final]

COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la revisión de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, Bruselas, 11.5.2021 [COM(2021) 229 final]

COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, Bruselas, 5.11.2020 [COM(2020) 963 final]

COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, 22 de noviembre de 2016 [COM (2016) 723 final].

COMISIÓN EUROPEA: Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE).

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: "Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", 12 de diciembre de 2012 [COM (2012) 742 final].

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión "EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", 3 de marzo de 2010 (COM (2010) 2020 final). Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES.

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Pensar primero a pequeña escala. «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas", 25 de junio de 2008 [COM (2008) 394 final].

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Superar el estigma del fracaso empresarial – por una política que ofrezca una segunda oportunidad". Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa, 5 de octubre de 2007 [COM (2007) 584 final].

COMISIÓN EUROPEA: *Proyecto del "Procedimiento Best" sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo*, Informe Final del Grupo de Expertos, Dirección General de Empresa, septiembre de 2003. Disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» [COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)], Ponente: Antonello PEZZINI, DOUE, C 209/21, 30.6.2017. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE6275&from=ES

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Lucha contra la pobreza» (dictamen exploratorio) (2016/C 133/03), DOUE de 14 de abril de 2016. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015AE6663&from=ES

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) (2014/C 311/06), Ponente general: Reine-Claude MADER, DOUE, 12.9.2014, C 311/38. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014AE0791&from=ES

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: Conclusiones del Consejo «Competitividad» sobre la revisión de la iniciativa en favor de las pequeñas empresas («Small Business Act» para Europa), Documento 10975/11, 31 de mayo de 2011. Disponible en: http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2010975%202011%20INIT.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑOL: Informe del Consejo Económico y Social español "Los derechos del consumidor y la transparencia de mercado", 17 de febrero de 1999. Disponible en: http://www.ces.es/documents/INF/1999/01

CONSEJO EUROPEO: "Carta Europea de la Pequeña Empresa", *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa María da Feira*, 19 y 20 de junio de 2000. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es0.htm.

CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS: «Conclusiones estudio Consejo General Economistas "Análisis de la PYME en la reforma concursal y la incidencia del crédito público" 16 de julio de 2014». Disponible en: https://economistas.es/Contenido/REFor/CONCLUSIONES1672014.pdf

CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*, Washington, D.C., 2006. Disponible en: https://documents1.worldbank.org/curated/en/122091468177562819/pdf/388570WP0SPANI1JAN0110200601PUBLIC1.pdf

COUNCIL OF EUROPE: Recommendation CM/Rec(2007)8 of the Committee of Ministers to member states on legal solutions to debt problems (Adopted by the Committee of Ministers on 20 June 2007), Strasbourg, 2008. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d5b81

CUENA CASAS, M.: "Préstamo irresponsable y segunda oportunidad: ¿Puede el prestamista irresponsable bloquear la obtención de la exoneración del pasivo de su deudor concursado?", *Hay Derecho*, 1 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2023/03/01/prestamo-irresponsable-y-segunda-oportunidad-puede-el-prestamista-irresponsable-bloquear-la-obtencion-de-la-exoneracion-del-pasivo-de-su-deudor-concursado/

CUENA CASAS, M./ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, Ed. Aranzadi, 2023.

CUENA CASAS, M.: "Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2023, pp. 1-26 [en prensa]

CUENA CASAS, M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2023, pp. 1-26 [en prensa]

CUENA CASAS, M.: "Ejecuciones hipotecarias y acceso al régimen de segunda oportunidad en caso de concurso sin masa activa", *Hay Derecho*, 6 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/09/06/ejecuciones-hipotecarias-y-acceso-al-regimen-de-segunda-oportunidad-en-caso-de-concurso-sin-masa-activa/

CUENA CASAS, M.: "Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 105, septiembre-octubre 2022. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-105/opinion/opinion/11621-reforma-concursal-segunda-oportunidad-y-ejecucion-de-la-vivienda-habitual

CUENA CASAS, M.: "Reforma concursal: Régimen de segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual", *Hay Derecho*, 26 de julio de 2022. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/07/26/reforma-concursal-regimen-de-segunda-oportunidad-y-ejecucion-de-la-vivienda-habitual/

CUENA CASAS, M.: «"Compre ahora y pague después": Otra trampa para sobreendeudar a los consumidores», *Hay Derecho*, 7 de abril de 2022. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/04/07/compre-ahora-y-pague-despues-otra-trampa-para-sobreendeudar-a-los-consumidores/

CUENA CASAS, M.: «El "abandono" del consumidor en la financiación a través de plataformas. (A propósito de la futura derogación de la regulación española de crowdfunding)», *Hay Derecho*, 17 de enero de 2022. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/01/17/el-abandono-del-consumidor-en-la-financiacion-a-traves-de-plataformas-a-proposito-de-la-futura-derogacion-de-la-regulacion-espanola-de-crowdfunding/

CUENA CASAS, M.: "Supervisión de conducta y protección del usuario de servicios financieros en el nuevo entorno tecnológico. Propuestas de mejora", *Diario La Ley*, Nº 9999, Sección Novedad Editorial, 28 de enero de 2022, pp. 1-17.

CUENA CASA, M.: "El hipotecante no deudor y la exoneración del pasivo insatisfecho (Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2019)", *Anuario de derecho concursal*, Nº 52, 2021, pp. 451-464, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

CUENA CASA, M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración: Comentario", VEIGA COPO, A. B. (Dir.) / MARTINEZ MUÑOZ, M. (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 939-949.

CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 4, noviembre 2021, pp. 37-77.

CUENA CASAS, M.: "La posición del acreedor ante el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", VEIGA COPO, A. B. (Dir.) / MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.): *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 1099-1133.

CUENA CASAS, M.: "Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020).", *Hay Derecho*, 28 de septiembre de 2020. Disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2020/09/28/credito-publico-y-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-ley-concursal-a-proposito-del-auto-del-juzgado-mercantil-no-7-de-barcelona-de-8-de-septiembre-de-2020/

CUENA CASAS, M.: "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho", *Diario La Ley*, Nº 9669, Sección Tribuna, 8 de julio de 2020, pp. 1-24.

CUENA CASAS, M.: "La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario", PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 175-235.

CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 32, 2020, pp. 39-69, consultado en Smarteca, pp. 1-39.

CUENA CASAS, M.: "Crédito público exoneración del pasivo insatisfecho", RUDA GONZÁLEZ, A. / JEREZ DELGADO, C. (Dirs.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Vol. 1 (Derecho civil y Derecho procesal civil), 2020, pp. 397-411.

CUENA CASAS, M.: *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, Ed. Reus, Madrid, 2019.

CUENA CASAS, M.: "Segunda oportunidad y crédito público", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 87, septiembre - octubre 2019. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/9628-segunda-oportunidad-y-credito-publico

CUENA CASAS, M.: "Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente. (A propósito de la Directiva de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas)", *Hay Derecho*, 7 de julio de 2019. Disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2019/07/07/hacia-un-nuevo-regimen-de-segunda-oportunidad-para-el-empresario-insolvente-a-proposito-de-la-directiva-de-20-de-junio-de-2019-sobre-marcos-de-reestructuracion-preventiva-y-exoneracion-de-deudas/

CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", AA.VV., *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer- La Ley, marzo 2019, consultado en Smarteca, pp. 1-13.

CUENA CASAS, M.: "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 84, marzo-abril, 2019, pp. 46-51. Disponible en: http://www.elnotario.es/opinion/9285-la-ineficiente-regulacion-de-la-obligacion-del-prestamista-de-evaluar-la-solvencia-del-potencial-prestatario.

CUENA CASAS, M.: "Informe de la ponencia sobre el Proyecto de ley de crédito inmobiliario. La banca gana… y todos los partidos se dejan", *Hay Derecho,* 17 de diciembre de 2018. Disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2018/12/17/informe-de-la-ponencia-sobre-el-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario-la-banca-gana-y-todos-los-partidos-se-dejan/

CUENA CASAS, M.: "Crowdlending, big data, redes sociales y riesgo de crédito: un cóctel potencialmente explosivo", *Hay Derecho,* 1 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2018/10/01/crowdlending-big-data-redes-sociales-y-riesgo-de-credito-un-coctel-potencialmente-explosivo/

CUENA CASAS, M.: "La generosa aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad y su posible impacto en el mercado de crédito", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 80, julio - agosto 2018. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/8789-la-generosa-aplicacion-judicial-del-regimen-de-segunda-oportunidad-y-su-posible-impacto-en-el-mercado-de-credito

CUENA CASAS, M.: «La "desmadrada" aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad puede perjudicar el funcionamiento del mercado de crédito», *Hay Derecho,* 5 de junio de 2018. Disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2018/06/05/la-desmadrada-aplicacion-judicial-del-regimen-de-segunda-oportunidad-puede-cargarse-el-mercado-de-credito/

CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Nº 764, noviembre 2017, pp. 2871 a 2924.

CUENA CASAS, M.: "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", *InDret*, Barcelona, julio 2017. Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/328621/419228

CUENA CASAS, M.: "El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras", *Anuario de derecho concursal*, Nº 37, 2016, págs. 11-63. Consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 25, 2016, pp. 33-58.

CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.), *Comentarios a la Lay de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CUENA CASAS, M.: "Insolvencia de la persona física: prevención y solución", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, pp. 461-518. Disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/055-10-MATILDE_CUENA_CASAS.pdf

CUENA CASAS, M.: "Segunda oportunidad. Novedades de última hora", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 63, septiembre-octubre 2015. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5383-segunda-oportunidad-novedades-de-ultima-hora

CUENA CASAS, M.: «La banca ya sabe cómo "escapar" del régimen de segunda oportunidad», *Hay Derecho*, 20 de mayo de 2015, disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/.

CUENA CASAS, M.: "¿Un régimen de segunda oportunidad?", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 60, marzo-abril 2015, pp. 6-13. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad.

CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coords.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-89, consultado en E-Prints Complutense, pp. 1-49. Disponible en: https://eprints.ucm.es/28066/1/El%20sobreendeudamiento%20privado%20como%20ca

usa%20de%20la%20crisis%20financiera%20y%20su%20necesario%20enfoque%20multidisciplinar.pdf.

CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 56, 24 de julio de 2014. Disponible en: http://elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios.

CUENA CASAS, M.: "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 31, enero-abril 2014, pp. 123-159, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 20, 2014, pp. 161-185, consultado en Smarteca, pp. 1-33.

CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 53, enero-febrero, 2014. Disponible en: http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf.

CUENA CASAS, M.: "No hay segunda oportunidad para el que menos tiene", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 50, 11 de julio de 2013. Disponible en: http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-50/57-no-hay-segunda-oportunidad-para-el-que-menos-tiene.

CUENA CASAS, M.: "El impacto económico del fresh start o Ley de 'segunda oportunidad'", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 48, 4 de abril de 2013. Disponible en: http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-48/136-el-impacto-economico-del-fresh-start-o-ley-de-segunda-oportunidad-0-48304430626616285.

CUENA CASAS, M.: "Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 125, 2012, pp. 289-320, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

CUENA CASAS, M.: "Fresh start y mercado crediticio", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio 2011. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf.

CUENA CASAS, M.: "Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 7, 2009, pp. 91-112, consultado en E-Prints Complutense, pp. 1-22. Disponible en: http://eprints.ucm.es/9714/1/Cuena_Deficiencias_LC.pdf.

DE ELIZALDE, F.: "Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil", *InDret*, 3/2014, julio 2014.

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Estudio sobre crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, octubre de 2013. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-crisis-economica-e-insolvencia-personal-actuaciones-y-propuestas-del-defensor-del-pueblo-actualizacion-a-octubre-de-2013-noviembre-2013/

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2013. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/crisis-economica-y-deudores-hipotecarios-actuaciones-y-propuestas-del-defensor-del-pueblo-actualizacion-a-9-de-abril-de-2013-abril-2013/

DE LA MORENA SANZ, G.: "Dificultades y problemas a resolver para conseguir la exoneración del pasivo insatisfecho", *Blog De la Morena Abogados* (sin fecha). Disponible en: https://delamorena.net/dificultades-y-problemas-a-resolver-para-conseguir-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho/

DE LA PEÑA, L. / LÓPEZ FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 130, abril-junio 2013, pp. 47-78.

DIAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", DÍAZ ALABART, S. (Dir.) / REPRESA POLO, M.P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Ed. Reus, Madrid, 2015, pp. 223-276.

DÍAZ RUIZ, E.: "Crédito bancario responsable", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Núm. Extraordinario, 2011, pp. 224-228. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357

DICKERSON, A. M.: "Regulating Bankruptcy: Public Choice, Ideology & Beyond", *Washington University Law Review*, Vol. 84, Issue 7, 2006, pp. 1861-1905.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

ESCOLÀ BESORA, M. E.: "La exoneración con liquidación de la masa activa. La posición de la vivienda habitual", *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 13, 2022, consultado en Smarteca, pp. 1-9.

ENRIQUES, L. / GARGANTINI, M.: «The Expanding Boundaries of MiFID's Duty to Act in the Client's Best Interest: The Italian Case», *The Italian Law Journal*, Vol. 3, Num. 2, 2017, pp. 485-510.

EUROPEAN COMMISSION: Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2008/48/EC on credit agreement for consumers, Brussels, 5.11.2020 [SWD(2020) 254 final].

EUROPEAN COMMISSION: *Inception Impact Assessment, Initiative on insolvency*, DG JUST (A1), 2016/JUST/025 - INSOLVENCY II, 03/03/2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_just_025_insolvency_en.pdf

EUROPEAN COMMISSION: *Towards a common operational european definition of over-indebtedness*, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Inclusion, Social Policy Aspects of Migration, Streamlining of Social Policies Unit, February 2008. Disponible en: http://www.oee.fr/files/study_overindebtedness_en.pdf

EUROPEAN BANKING AUTHORITY: Second EBA report on the application of the guidelines on product oversight and governance (POG) arrangements (EBA/GL/2015/18), EBA/REP/2020/28. Disponible en: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2020/935640/Second%20EBA%20report%20on%20the%20application%20of%20the%20POG%20guidelines%20arrangements.pdf

EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, EBA/GL/2020/06, 29 de mayo de 2020. Disponible en:

https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/credit-risk/guidelines-on-loan-origination-and-monitoring

EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista*, EBA/GL/2015/18, 22 de marzo de 2016. Disponible en: https://eba.europa.eu/guidelines-on-product-oversight-and-governance-arrangements-for-retail-banking-products

EUROPEAN BANKING AUTHORITY: *Directrices sobre la evaluación de solvencia*, EBA/GL/2015/11, 19 de agosto de 2015. Disponible en: https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/consumer-protection-and-financial-innovation/guidelines-on-creditworthiness-assessment

FACHAL NOGUER, N.: "¿Cuáles son los efectos que proyecta la exoneración de pasivo insatisfecho sobre los terceros garantes?", *La Ley Insolvencia*, nº 11, 2022, consultado en Smarteca, pp. 1-7.

FACHAL NOGUER, N.: "Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado", *Blog Almacén de Derecho*, 25 de mayo de 2022. Disponible en: https://almacendederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado

FAIRWEATHER, K.: "The development of responsible lending in the UK consumer credit regime", DEVENNEY, J. / KENNY, M., *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge University Press, August 2012, pp. 84-110.

FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre I", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 49-84, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Notas sobre la exoneración del pasivo insatisfecho", BERMEJO, N. / FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. / MARTÍN MARTÍN, A. / ARRUÑADA, B. / DE LA FUENTE, A.: *Comentarios al proyecto de reforma concursal*, Fedea Policy Paper 2022/03, febrero de 2022, pp. 20-23.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 486. Ámbito de aplicación.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley*

Concursal. Comentario judicial, notarial y registral, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 725-729.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 487. Presupuesto subjetivo.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 729-734.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 488. Presupuesto objetivo.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 734-740.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 747-752.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 493. Presupuesto objetivo especial.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 756-760.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 495. Propuesta de plan de pagos.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 762-768.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 497. Extensión de la exoneración en caso de plan de pagos.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 772-774.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "Artículo 499. Exoneración definitiva.", PRENDES CARRIL, P. / FACHAL NOGUER, N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 780-787.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "La exoneración del crédito público en los procedimientos de «segunda oportunidad»", *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020 https://almacendederecho.org/la-exoneracion-del-credito-publico-en-los-procedimientos-de-segunda-oportunidad

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2015.

FERRETTI, F. / LIVADA, C.: "The over-indebtedness of European consumers under EU policy and law", FERRETTI, F. (ed.), *Comparative perspectives of consumer over-indebtedness – A view from the UK, Germany, Greece and Italy*, Eleven International Publishing, Den Haag, NL, 2016, pp. 11-38.

FIDALGO GALLARDO, C.: "Un laberinto, un trampantojo… y una trampa. En torno a la reforma de la Segunda Oportunidad con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023", *Diario La Ley*, Nº 10052, Sección Doctrina, 20 de abril de 2022, pp. 1-13.

FINANCE WATCH: *Consumer credit market malpractices uncovered*, February 2021. Disponible en: https://www.finance-watch.org/publication/consumer-credit-market-malpractices-uncovered/

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: *A new Consumer Duty*, Feedback to CP21/36 and final rules, Policy Statement PS22/9, July 2022. Disponible en: https://www.fca.org.uk/publications/policy-statements/ps22-9-new-consumer-duty

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: *Finalised Guidance FG22/5 Final non-Handbook Guidance for firms on the Consumer Duty*, July 2022. Disponible en: https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg22-5.pdf

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY: *Assessing creditworthiness in consumer credit - Feedback on CP17/27 and final rules and guidance*, Policy Statement PS18/19, July 2018. Disponible en: https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps18-19.pdf

FINANCIAL STABILITY BOARD: *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*, April 2012. Disponible en: https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_120418.pdf?page_moved=1

FINANCIAL STABILITY BOARD: *Consumer Finance Protection with particular focus on credit*, 26 October 2011. Disponible en: http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111026a.pdf.

FINANCIAL SERVICES USERS GROUP (FSUG): *Responsible consumer credit lending*, FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive, 8 April 2019. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf

FONDEVILLE, N. / ŐZDEMIR, E. / WARD, T.: *Over-indebtedness: New evidence from the EU-SILC special module*, Research Note 4/2010, Social Situation Observatory - Income distribution and living conditions, Applica (BE), European Centre for the European Centre for Social Welfare, Policy and Research (AT), ISER – University of Essex (UK) and Tárki (HU), November 2010. Disponible en: file:///C:/Users/Concursal_Direccion/Downloads/RN04_2010_Overindebteness%20(1).pdf

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 207-242.

GARCÍA RUBIO, M. P. / OTERO CRESPO, M.: "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 2, 2010.

GARCÍA VICENTE, J. R.: "¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 20, 2010, pp. 205-234, disponible en: Westlaw, BIB 2010/203, pp. 1-28.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: "A vueltas con la distribución de gastos en los préstamos hipotecarios", El Derecho. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 65, 2018. Disponible en: https://www.uria.com/es/publicaciones/5764-a-vueltas-con-la-distribucion-de-gastos-en-los-prestamos-hipotecarios

GOMÁ LANZÓN, F.: "Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios", *El Notario del Siglo XXI*, Nº 40, noviembre-diciembre, 2011. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-40/598-analisis-y-critica-de-la-orden-eha-2899-2011-de-transparencia-en-los-servicios-bancarios-0-1333739516636114

GÓMEZ POMAR, F. / CELENTANI, M.: "Tarea urgente: el concurso personal", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2012. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2012/01/editorial_es_8.pdf

GRASA, D. / REOLON, L. / NORIEGA, M.: "El concurso de persona física exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 36, 2015, pp. 449-468, consultado en Thomson Reuters (BIB 2015\2424), pp. 1-16.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Artículo 1911", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2055-2056.

GURREA MARTÍNEZ, A.: *El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*, Ed. Reus, Madrid 2018.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.

GUTIÉRREZ GILSANZ, J. / MARTÍNEZ MUÑOZ, Y.: "Las operaciones de crédito activas (1). El préstamo bancario y la apertura de crédito", YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Vol. 10, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2014, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

HANRATTY, P.: "The Wallis Report on the Australian Financial System: Summary and Critique", *Department of the Parliamentary Library*, Research Paper 16, 1996-97. Disponible en: https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/library/prspub/D2G30/upload_binary/D2G30.pdf;fileType=application/pdf#search=%221990s%201997%20publications%22

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, Colección Claves Prácticas, Ed. Francis Lefebvre, 2020.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "El concurso de persona física", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 3ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, pp. 589-620.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Nº 26, 2017, pp. 359-364, consultado en Smarteca, pp. 1-6.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: *La segunda oportunidad: la superación de las crisis de insolvencia*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M.: "La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015", *El Derecho*, 1 de abril de 2015. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/segunda-oportunidad-Real-Decreto-Ley_11_790930003.html.

HEUER, J. O.: "Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief. A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries", PhD Dissertation, Bremen International Graduate School of Social Sciences University of Bremen, 2014. Disponible en: https://media.suub.uni-bremen.de/handle/elib/4657

HEUER, J. O.: "Social Inclusion and Exclusion in European Consumer Bankruptcy Systems", International conference *Shifting to Post-Crisis Welfare States in Europe? Long Term and Short Term Perspectives*, organized by NordForsk and the Nordic Centres of Excellence NordWel and REASSESS, Berlin, 4-5 June, 2013.

HOWARD, M: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", *Ohio State Law Journal*, Vol. 48, Issue 4, 1987, pp. 1047-1088.

HULS, N.: "Towards a European Approach to Overindebtedness of Consumers", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 16, Issue 2, 1993, pp. 215-234.

HULS, N. / REIFNER, U. / BOURGOIGNIE, T. / REICH, N. / DOMONT-NAERT, F. / VAN HUFFEL, M., et al. : *Overindebtedness of consumers in the EC member states. Facts and search for solutions*, Commission of the European Communities, Directorate-General Consumer Policy Services, Brussels, 1994.

INSOL INTERNATIONAL: *Consumer Debt Report: report of findings and recommendations*, 2001.

INTERNATIONAL FINANCIAL CONSUMER PROTECTION ORGANISATION: *FinCoNet report on responsible lending. Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices*, July 2014.

INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain: Selected Issues", *IMF Country Report No. 15/233*, August 2015. Disponible en: http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Spain-Selected-Issues-43192.

INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain: Selected Issues", *IMF Country Report No. 14/193*, July 2014. Disponible en: http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Spain-Selected-Issues-41734.

INTERNATIONAL MONETARY FUND: "Spain. 2013 Article IV Consultation. Selected Issues", *IMF Country Report No. 13/245*, August 2013. Disponible en: https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Spain-Selected-Issues-40845.

JACKSON, T. H: *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1986.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: "El fresh start, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3, de Barcelona, de 26 de octubre de 2010", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 729, 2012, pp. 516-557.

JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES: *Joint Committee Final Report on Big Data*, JC/2018/04, 15 March 2018.

JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.

JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, Estudios Monográficos, Fasc. 1, 1991, pp. 5-96.

KILBORN, J. J.: "The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law", *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, No. 5, 2016, pp. 581-622. Disponible en: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/22277585v1%20-

%20The%20Personal%20Side%20of%20Harmonizing%20European%20Insolvency%20Law%20(Jason%20Kilborn).PDF

KILBORN, J. J.: "Behavioral economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions", *Emory Bankruptcy Developments Journal*, Vol. 22, Issue 13, July 2005, pp. 13-46.

KILBORN, J. J.: "Expert recommendations and the evolution of European best practices for the treatment of overindebtedness, 1984-2010", Radboud University Nijmegen, 2011. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1663108

LATORRE CHINER, N.: "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", *Anuario de derecho concursal*, Nº 37, 2016, pp. 163-193, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

LEVINTHAL, L. E.: "The Early History of Bankruptcy Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 66, Issue 223, 1918. Disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7663&context=penn_law_review.

LONDON ECONOMICS: *Study on means to protect consumers in financial difficulty: Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages, and restrictions on debt collection abusive practices*, Final Report, Contract Nº MARKT/2011/023/B2/ST/FC, Financial Services Users Group (FSUG), Commission of the European Communities, Directorate-General Internal Market and Services, London, 2012. Disponible en: https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/10/debt_solutions_report_en.pdf

LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

MANN, B. H.: *Republic of debtors. Bankruptcy in the age of American independence*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2002.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 211-256, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 50, 2019, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

MARTÍN FABA, J. M.: "¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio", *Revista CESCO de Derecho de consumo,* Nº 19/2016, pp. 178-204. Disponible en: https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1190/0

MAS BADÍA, M. D.: "Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito en España: algunas cuestiones pendientes", PLAZA PENADÉS, J. / MARTINEZ VELENCOSO, L. M., *Nuevos retos jurídicos de la sociedad digital*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 187-262, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

MAS-GUINDAL GARCÍA, J.: "Reintegración concursal, subordinación y préstamo irresponsable", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº 180, 2016, pp. 43-76.

MAYORGA TOLEDANO, M. C.: "Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente", FLORES DOÑA, M. S. / RAGA GIL, J. T. (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea,* Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 353-377.

MELERO BOSCH, L. V.: "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 155, julio-septiembre, 2019, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

MENÉNDEZ PUJADAS, A.: "Encuesta sobre préstamos bancarios en España: junio de 2020", *Artículos Analíticos*, Boletín Económico 3/2020, Banco de España, 2020. Disponible en: https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/articulos-analit/

MILLER, M.: *Credit Reporting Systems Around the Globe: The State of the Art in Public and Private Credit Registries*, World Bank, June 2000, pp. 1-32.

MOLONEY, N.: "EU Financial Market Governance and the Retail Investor: Reflections at an Inflection Point", *Yearbook of European Law*, Vol. 37, 2018, pp. 251–304.

MONTES, F.: "Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.): *Préstamo*

responsable y ficheros de solvencia, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 245-308, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

MORILLAS JARILLO, M. J.: "Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores", *Derecho de los negocios*, Año nº 20, Nº 225, 2009, pp. 5-22, consultado en Smarteca, pp. 1-17.

MUÑIZ ESPADA, E: *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho europeo*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C.: "La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la Ley 38/2011", *Actualidad civil*, Nº 21-22, 2011. Consultado en Smarteca, pp. 1-5.

MUÑOZ PAREDES, A.: "Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo", *Diario La Ley*, Nº 9713, Cuestiones de práctica concursal, 9 de octubre de 2020, consultado en Smarteca, pp. 1-6.

NASARRE AZNAR, S. / SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 139, 2015, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

OLIVENCIA, M.: "La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso", ROJO, A. / BELTRÁN, E. (Dir.), *Los acreedores concursales: II Congreso español de Derecho de la insolvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 31-47.

ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD): *G20 High Level Principles on Financial Consumer Protection*, October 2011.

PASCUAL HUERTA, P.: "Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el derecho comparado", PRATS ALBENTOSA, L. / CUENA CASAS, M. (Coord.):

Préstamo responsable y ficheros de solvencia, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 309-359, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas

PAULUS, C. G.: "The everlasting power game between creditors and debtors in credit relationships", VEIGA COPO, A. B. (Dir.) / MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.): *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 39-51.

PICCATO RODRÍGUEZ, A. O.: *Teoría del derecho*, IURE editores, Ciudad de México (México), 2017.

PRIDGEN, D.: "Putting Some Teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010", *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 24, Issue 4, Article 8, 2012, pp. 615-639.

PUIGCERVER ASOR, C.R. / ADÁN DOMÉNECH, F.: *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2021.

PULGAR EZQUERRA, J.: "Concepto, función y significado del Derecho Concursal", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 3ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, pp. 37-82.

PULGAR EZQUERRA, J.: "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", *Diario La Ley*, Nº 8538, 13 de mayo de 2015, pp. 1-22.

PULGAR EZQUERRA, J.: "El sobreendeudamiento de la persona física", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 53, 2012-2013, pp. 383-424.

PULGAR EZQUERRA, J.: "El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores", CUENA CASAS, M. / COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, 1ª ed., Ed. Thomson Reuters, 2009, pp. 63-102.

PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 9, 2008, pp. 43-73, consultado en Smarteca, pp. 1-33.

RAMOS HERRANZ, I.: "El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, Nº 1, 2006, pp. 195-226. Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_est%E1ndar_mercantil_de_diligencia:_el_ordenado_empresario

RAMSAY, I.: "Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", LECZYKIEWICZ, D. / WEATHERILL, S. (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 159- 162.

RAMSAY, I.: "From truth in lending to responsible lending", HOWELLS, G. / JANSSEN, A. / SCHULZE, R., *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Dartmouth, 2005, pp. 47-65, consultado en Working Paper, pp. 1-19.

RAMSAY, I.: "Comparative Consumer Bankruptcy" (Symposium: Consumer Bankruptcy and Credit in the Wake of the 2005 Act), *University of Illinois Law Review*, Vol. 2007, Num. 1, 2006, pp. 241-274.

REIFNER, U.: "European Coalition for Responsible Credit - Principles of Responsible Credit", TWIGG-FLESNER, C. / PARRY, D. / HOWELLS, G. / NORDHAUSEN, A. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Ashgate, Aldershot, 2007, pp. 419-427.

REIFNER, U. / NIEMI-KIESILÄINEN, J. / HULS, N. / SPRINGENEER, H.: *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, Final Report, 2003. Disponible en: http://www.knl.lv/raksti_data/1147/parskats_ES_2003.pdf [publicado en 2010 como libro revisado: https://www.bod.de/buchshop/overindebtedness-in-european-consumer-law-udo-reifner-9783839150900]

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Comentario al auto del JM nº3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 que extingue deudas concursales de personas físicas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 1, 2011.

ROJO, A.: "El Texto Refundido de la Ley Concursal", *Anuario de derecho concursal*, Nº 51, 2020, pp. 9-26, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

ROJO, A.: "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", *Anuario de Derecho Concursal*, nº 42, septiembre - diciembre 2017, pp. 99-111, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

ROJO, A.: "Artículo 2. Presupuesto objetivo", ROJO A. / BELTRÁN E. (Dirs.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 164-193.

RUBIO VICENTE, P. J.: "Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº 1, 2021, pp. 73-102.

RUBIO VICENTE, P. J.: "Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 24, 2016, pp. 99-131, consultado en Smarteca, pp. 1-39.

RUBIO VICENTE, P. J.: "La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 14, 2011, pp. 245 y ss.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de ley de su transposición al ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 65, enero-marzo 2018, pp. 11-35. Consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El fin del concurso y el del convenio", *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2016/101, marzo 2016. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/36110/1/E-print-El%20fin%20del%20concurso%20y%20el%20del%20convenio.pdf

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2016.

SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: "Responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Nº 38, 1990.

SANCHO GARGALLO, I.: "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nº. 5, 2022, pp. 31-46.

SANCHO GARGALLO, I.: "Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia", *Anuario de derecho concursal*, Nº 51, 2020, pp. 27-34, consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: "El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad", SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (ed. lit.) / OLMEDO CARDENETE, M. D. (ed. lit.), *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 771-803.

SHENG, A.: "Securities Regulation versus Prudential Regulation", *Financial Stability Institute*, Bank for International Settlements, 3 May 2005, pp. 1-15. Disponible en: https://www.iosco.org/library/speeches/pdf/securities_regulation_vs_prudential_regulation_may05_as.pdf

SCHMULOW, A.: "Financial regulation: Is Australia's 'twin peaks' model a successful export?", *The Interpreter*, 1 March 2016. Disponible en: https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/financial-regulation-australias-twin-peaks-model-successful-export

SENDRA ALBIÑANA, A.: "A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad (Análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal)", *La Ley Insolvencia*, nº 7, 2021, consultado en Smarteca, pp. 1-15.

SENDRA ALBIÑANA, A.: "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 17/2016, 2016. Disponible en: https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/952/874

SENENT MARTÍNEZ, S.: "Conclusión y reapertura del concurso", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 3ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, pp. 477-523.

SENENT MARTÍNEZ, S.: "Artículo 491. Extensión de la exoneración", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. T. I, 2ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, pp. 2104-2107.

SENENT MARTÍNEZ, S.: "Artículo 499. Exoneración definitiva", PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. T. I, 2ª ed., Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2020, pp. 2124-2127.

SENENT MARTÍNEZ, S.: "Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 32, 2020, pp. 167-177, consultado en Smarteca, pp. 1-13.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable", *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 46, 2018, pp. 73-101, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La información sobre gastos y comisiones en los préstamos hipotecarios y la posible nulidad de las cláusulas que los imponen al consumidor", *Revista Boliviana de Derecho,* Nº 26, julio 2018, pp. 108-141.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Nº 5, 1, 2016, pp. 311-330.

SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de persona física", CUENA CASAS, M. (Coord.), *Familia y concurso de acreedores,* 1ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 23-96.

TAYLOR, M.: "Twin Peaks: A regulatory structure for the new century", *Centre for the Study of Financial Innovation,* num. 20, December 1995, pp. 1-17.

TOMÁS TOMÁS, S.: "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II", *Anuario de derecho concursal*, Nº 58, 2023, pp. 85-140, consultado en Thomson Reuters Proview sin número de páginas.

TRUJILLO DÍEZ, I. J.: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Ed. Comares, Granada, 2003.

URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 11ª edición, Madrid, 1976.

WARREN, E.: "Financial Collapse and Class Status: Who Goes Bankrupt?", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 41, Issue1, 2003, pp. 115-146.

WARREN, E.: "Reducing Bankruptcy Protection for Consumers: A Response", *Georgetown Law Journal*, Vol. 72, nº 4, 1984, pp. 1333-1357.

WHITE, M.: "Abuse or Protection?", *Regulation*, Vol. 29, Issue 3, 2006, pp. 28-35. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=944916.

WORLD BANK: *Good Practices for Financial Consumer Protection*, Washington, DC, 2017. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28996

WORLD BANK: *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*, Washington, DC, 2014. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/18978/887730WP0v20P10port0CPFL0Box385258B.pdf?sequence=1&isAllowed=y

WORLD BANK: *Responsible Lending: Overview of Regulatory Tools*, Washington, DC, October 2013. Disponible en: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/12/12/000356161_20131212165726/Rendered/PDF/832840WP0GFDR00Box0382083B00PUBLIC0.pdf.

WORLD BANK: *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Washington, DC, 2013. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/83500027-9cef-5465-a70b-094bc8958726

WORLD BANK: *General principles for credit reporting*, Washington, DC, 2011. Disponible en: http://documents.worldbank.org/curated/en/662161468147557554/General-principles-for-credit-reporting

YÁÑEZ VIVERO, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, Nº 1, enero-marzo, 2021, pp. 1-49. Disponible en: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/642/510

YÁÑEZ VIVERO, F.: *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

ZUBIRI DE SALINAS, M.: "La solución jurisprudencial del sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España", SARCINA, A. (Dir.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor: sistemas jurídicos europeos a debate*, Ed. EuriConv, Lecce, 2014, pp. 349-360.

ZUNZUNEGUI, F.: "Remedios contractuales a la mala conducta bancaria", *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, Nº 1, 2021, pp. 63-114, consultado en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, WP 1/2021, pp. 1-45. Disponible en: http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf

ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 3/2019, julio 2019. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3421447

ZUNZUNEGUI, F.: "Prohibición de dar crédito sin test de solvencia", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 13 de enero de 2017. Disponible en: http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/01/zunzunegui-prohibicin-de-dar-crdito-sin-test-de-solvencia.pdf

ZUNZUNEGUI, F.: "Aproximación a la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios de inversión", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 141, enero-marzo 2016, pp. 123-159. Consultado en Thomson Reuters Proview, sin número de páginas.

ZUNZUNEGUI, F.: *La prestación bancaria de servicios de inversión*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2015.

ZUNZUNEGUI, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº 16, 2014, pp. 141-160. Consultado en SSRN, Working Paper, pp. 1-21. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622953.

ZUNZUNEGUI, F.: *Derecho del mercado financiero*, 4ª edición, Documento de trabajo, versión electrónica sin número de páginas. Disponible en: https://dmf2018.pressbooks.com/

ZUNZUNEGUI, F.: “La regulación jurídica del mercado financiero en una economía globalizada”, COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (Coord.), *Temas actuales de derecho comercial*, Ed. Normas Legales, Trujillo, (Perú), 2004, pp. 711-729.

ZUNZUNEGUI, F.: “Concepto y fuentes (del derecho bancario y bursátil)”, en ZUNZUNEGUI, F. (coord.), *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 21-43. Consultado en versión digital, pp. 1-18. Disponible en: http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2019/04/concepto-y-fuentes-COLEX.pdf