

EL SOBREENDEUDAMIENTO PRIVADO COMO CAUSA DE LA CRISIS FINANCIERA Y SU NECESARIO ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR *

MATILDE CUENA CASAS
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
ACREDITADA A CATEDRÁTICA DE UNIVERSIDAD
EDITORIA DEL BLOG ¿HAY DERECHO?

Sumario.- I. El sobreendeudamiento privado y su incidencia en la actual crisis económica. II. El tratamiento concursal de la insolvencia de la persona física y su papel en la prevención del sobreendeudamiento privado III. Las especialidades del sobreendeudamiento hipotecario. La necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. IV. Evaluación de la solvencia e información crediticia. La legislación en materia de protección de datos personales. 1. La obligación de evaluar la solvencia del deudor. 2. En particular, evaluación de la solvencia y crédito hipotecario. 3. El acceso del prestamista a información financiera de los particulares. V. Conclusión.

I. Sobreendeudamiento privado y su incidencia en la actual crisis económica * .

La crisis financiera mundial de 2008 ha mostrado, por primera vez las conexiones entre el endeudamiento personal y una crisis sistémica: el origen de la crisis financiera en las prácticas de préstamos de alto riesgo en el mercado de EE.UU demostraron una clara vinculación entre la expansión del crédito ilimitado a empresas y particulares y la estabilidad financiera macroeconómica. La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la conclusión de que el endeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden tener graves repercusiones sociales y económicas. Como se recoge en el Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales¹, es necesario modernizar las leyes e instituciones nacionales para que puedan hacer frente con eficacia y eficiencia a los riesgos de endeudamiento de los particulares. España presenta un notable retraso normativo en este terreno con una pésima regulación cuya reforma es preciso abordar desde distintos textos legales, tal y como trataré de exponer en el presente trabajo.

El carácter internacional de la crisis actual implica que no es la regulación de un determinado país la que cabe cuestionar, sino que las bases de los sistemas crediticios mundiales han fracasado en su ordenación. En mayor o menor medida, la causa es la misma en todos los países afectados: el desmesurado endeudamiento de empresas y

* Vid. Trabajo publicado en “Préstamo responsable y ficheros de solvencia”, coordinado por Prats Albertosa, L y Cuenca Casas, M, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2014, págs. 27-88.

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315: “Préstamo responsable y ficheros de solvencia”, del que soy investigadora principal.

¹<http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf> Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo nº 31, enero-abril 2014, pp. 197 y ss.

particulares. El impacto que el problema ha tenido en cada país ha estado en función de sus particulares condiciones económicas que han puesto a prueba su capacidad de reacción, particularmente en función del nivel de endeudamiento público, que en la mayoría de los países era alto. Merece la pena resaltar que el incremento del déficit público que ahora se considera un problema de primera magnitud, tiene por base, entre otros factores, un desmesurado sobreendeudamiento privado² que no ha sido resuelto y constituye un obstáculo a la salida de la crisis. Bloqueado el consumo privado, difícilmente nos instalaremos en un crecimiento económico sostenido. De hecho, España es un claro ejemplo de la interacción entre el crédito privado y la deuda pública. Como se ha afirmado con una meridiana claridad “el problema central de nuestro país es el excesivo endeudamiento privado. Los problemas bancarios y las dudas sobre la sostenibilidad de las cuentas públicas son, en realidad, un reflejo de dicho endeudamiento. Son la fiebre que aqueja al enfermo, no la enfermedad en sí misma. Bajar la fiebre, no curará al enfermo”³.

En 2007, España tenía un superávit presupuestario de alrededor del 2% del PIB y la deuda pública se situó en el 40% del PIB⁴. El nivel de deuda pública en España estaba muy por debajo del Alemania, Francia y los Estados Unidos⁵. Pero en el último trimestre de 2013, la deuda pública de España había más que duplicado, alcanzando casi el 93,9% del PIB, ya que el sector público asume grandes pérdidas del sector bancario y los ingresos fiscales se han derrumbado⁶.

Las pérdidas del sector financiero fruto de un generoso e irresponsable mercado crediticio han sido absorbidas por el Estado que además ha tenido que gastar más en atender situaciones de exclusión social a la que se han visto abocados los deudores incapaces de pagar sus deudas. Las cifras evidencian esta idea⁷. Por otro lado, el alto endeudamiento público financiado por la banca, deja estrecho margen para el acceso al crédito a iniciativas empresariales (*crowding-out*) que paliarían el nivel de desempleo, sumiendo al sistema en un peligroso bucle que justifica la debilidad de la recuperación⁸.

El hecho de que el incremento escandaloso de la deuda pública procediera entre otros factores, de un alto endeudamiento privado, hace que las medidas tradicionalmente adoptadas para reducir el déficit público sean hasta cierto punto incompatibles con el ataque a la causa de ese incremento. Así, las políticas de austeridad recomendables para la reducción del déficit público son contrarias a la

² JORDÀ, SCHULARICK y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/soybanksnber_wp_19506_1_-2.pdf :”La deuda pública es un epifenomeno que distrae del verdadero origen del problema que se encuentra en la deuda privada”. p. 3.

³ BLAZQUEZ, J, *Inmersos en una crisis sin salida*, <http://economistasfrentealacrisis.wordpress.com/2012/07/23/inmersos-en-una-crisis-sin-salida/>

⁴ <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

⁵ Pueden verse las cifras de deuda pública en otros países <http://www.datosmacro.com/deuda>

⁶ <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

⁷ Vid. Análisis de la situación española que realizan JORDÀ, SCHULARICK y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/kolloquium/ws1213_/Jorda.pdf p. 5.

⁸ BRONER, F, ERCE, A, MARTIN, A, VENTURA, J, *Sovereign debt markets in turbulent times: creditor discrimination and crowding-out effects*. Documentos de trabajo nº 1.402. Banco de España. 2014.

“medicina” que requiere paliar el alto sobreendeudamiento privado que exige políticas de crecimiento y estímulo de actividad económica, para que empresas y particulares generen ingresos suficientes para pagar esa deuda y a su vez se logre un equilibrio fiscal, a través de un aumento de ingresos públicos por las rentas generadas que alivie también el alto endeudamiento público. La cuestión se complica en los países de la zona euro donde los bancos centrales tienen una capacidad limitada al no controlar la política monetaria.

Buena prueba de lo dicho es que la práctica está poniendo de relieve que las políticas de austeridad implantadas para paliar el déficit público solo han logrado una tímida recuperación que no parece consolidarse precisamente porque no resuelven el problema de base (o incluso lo agravan), que es el alto endeudamiento privado. La recesión recuperación es más lenta cuando tiene por base un boom crediticio en momentos de expansión⁹.

Aunque son muchos los factores a tener en cuenta, cabe decir que ha existido un *estímulo positivo al préstamo irresponsable* por parte de los prestamistas que han gozado de un sistema jurídico, particularmente en el caso de España, claramente *pro creditoris* que carecía de adecuados controles y los pocos que existían, no se han hecho efectivos por las autoridades competentes. El prestamista que contrataba con un cliente conociendo que no iba a poder hacer frente a sus obligaciones, no padecía ninguna consecuencia negativa cuando, tal y como ha sucedido en el ámbito hipotecario, podía trasladar el riesgo a terceros a través del mercado secundario por medio de la titulización de los activos hipotecarios¹⁰.

Todo ello acompañado de un *consumo irresponsable* estimulado desde todas las aristas del sistema, un consumidor optimista que cuando contrata no valora la hipótesis de que pueda quedarse sin trabajo, tener un accidente, una enfermedad o un divorcio.

Es claro que el problema de la insolvencia se produce por consecuencia de políticas de apoyo a al acceso al crédito, principal motor del crecimiento económico. Sin crédito no hay insolvencia. Por ello toda política de estímulo crediticio debe necesariamente venir acompañada de un régimen adecuado en materia de insolvencia que equilibre el sistema. Y esto no ha sucedido en España que se sumó a la estrategia de fomento del crédito, pero sin adoptar adecuados mecanismos de control y sin abordar una regulación adecuada de la insolvencia de las personas naturales y centrándose de facto en la insolvencia de sociedades. Este error tiene importantes consecuencias macroeconómicas a las que me referiré al aludir a nuestro sistema concursal.

Abordar el tratamiento preventivo del sobreendeudamiento privado debe ser una prioridad legislativa pues supone a su vez atacar el endeudamiento público. Tratar éste sin incidir en aquél implica no resolver el problema de fondo. En la actualidad los esfuerzos de los gobiernos se centran en la consolidación del sistema financiero, la rebaja del desempleo y la recuperación del crecimiento, más que en adoptar medidas

⁹ JORDÀ, SCHULARICK y TAYLOR, *Private Credit and Public Debt in Financial Crisis*, marzo 2014 <http://www.frbsf.org/economic-research/publications/economic-letter/2014/march/private-credit-public-debt-financial-crisis/el2014-07.pdf>

¹⁰ CL PETERSON *Over-Indebtedness, Predatory Lending, and the International Political Economy of Residential Home Mortgage Securitization: Comparing the U.S. Subprime Home Mortgage Lending Crisis to Home Finance in the United Kingdom, Germany, and Japan* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083184 (consultado el 16 de mayo 2014), p. 4.

que tiendan a evitar que lo sucedido nos vuelva a pasar.

En el presente capítulo que tratarán los distintos sectores del nuestro ordenamiento que a mi juicio, deben reformados para la consecución de una política efectiva de prevención del sobreendeudamiento privado, cuyo enfoque debe ser multidisciplinar¹¹.

Por un lado, el tratamiento paliativo de la insolvencia de los particulares juega, como se explicará seguidamente, un papel también en el terreno preventivo, para lo cual la legislación concursal constituye pilar fundamental de nuestro ordenamiento que debe necesariamente revisarse. Por otro lado, son precisas medidas eficaces que actúen en la fase previa de la concesión de créditos¹², haciendo realidad la noción de préstamo responsable enfocado no solo en deberes precontractuales de información al cliente bancario, sino también en una adecuada evaluación de la solvencia del deudor¹³. 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 2013/38/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (en adelante DCH), introduce novedades relevantes en este terreno tendentes a prevenir el sobreendeudamiento hipotecario, génesis del desastre que padecemos en la actualidad.

No basta, una mera protección contractual¹⁴ del consumidor (inundándole de

¹¹ ATAMER YM, *Duty of responsible lending: should the European Union take action*, en *Financial services, financial crisis and general european contract law. Failure and challenges of contracting*, dirigido por Grundmann, S y Atamer, Y.M, United Kingdom 2011 p. 201, destaca el necesario enfoque multidisciplinar de la prevención del sobreendeudamiento privado. Destaca este aspecto el reciente “Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo la protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” de 29 de abril de 2014 <http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=ces/int/int726/es/eesc-2014-00791-00-00-ac-tra-es.doc>

¹² Así lo señala el Comité Económico y Social Europeo en su “Dictamen sobre la protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” de 29 de abril de 2014 <http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=ces/int/int726/es/eesc-2014-00791-00-00-ac-tra-es.doc> :

¹³ Como se ha puesto de relieve en el informe del Banco Mundial, *Responsible lending, Overview of regulatory tools*, octubre 2013, p. 15, como no existen normas internacionalmente reconocidas sobre préstamos responsables, los distintos países han utilizado una amplia gama de enfoques regulatorios. Algunos se basan principalmente en la regulación de la divulgación de información, esperando que los consumidores sean capaces de tomar decisiones adecuadas. Otros países ponen la carga de los préstamos responsables principalmente de prestamistas, que les exige evaluar la idoneidad del préstamo para cada consumidor. Otros optan por soluciones más prescriptivos, la definición de límites a las tasas de interés, índices máximos de deuda a ingresos o préstamo-valor o límites de las sanciones y multas por retraso”. <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools>

¹⁴ Para ATAMER YM, *Duty of responsible lending: should the European Union take action? cit.*, p. 201, el enfoque tradicionalmente basado en la protección contractual del contratante más débil así como la educación financiera y los deberes de asesoramiento se han evidenciado insuficientes en la crisis financiera actual. La información precontractual suministrada al consumidor no es suficiente para frenar situaciones de abuso. Por el contrario, en España se sigue postulando este enfoque para abordar el problema de la insolvencia de los particulares y, particularmente el sobreendeudamiento hipotecario, a pesar de haber demostrado la realidad del fracaso de este planteamiento cfr. PULGAR EZQUERRA, J, “El sobreendeudamiento de la persona física” Revista El Notario del S. XXI, nº 50. 2013, <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/42-el-sobreendeudamiento-de-la-persona-fisica> donde afirma que “la prevención y tratamiento de la insolvencia/sobreendeudamiento de la

información que no comprende), estrategia que se ha evidenciado a todas luces insuficiente, sino que hay que ir más allá: que el prestamista asuma algún coste por comportamientos irregulares (y no meras multas administrativas impuestas por el regulador), que tenga incidencia en la eficacia del contrato celebrado con el cliente y que su conducta pueda ser evaluada a efectos de una subordinación crediticia en el procedimiento concursal. De lo contrario, estaremos solo protegiendo a una de las partes de la relación jurídica (las entidades financieras y sus cuentas de resultados¹⁵), desequilibrando el sistema en contra del interés público económico. La mala praxis de entidades privadas ha llevado a la economía mundial al caos y por eso hay que cambiar las “recetas” hasta ahora utilizadas y hay que hacerlo, a mi juicio, tocando varias parcelas del ordenamiento. El rescate de las entidades lo ha sido mediatamente del ciudadano, pues no cabe olvidar que son los depósitos los que en última instancia se han protegido, pero una vez realizado éste con dinero público, es necesario sentar unas bases firmes que generen un mercado crediticio más seguro y menos vulnerable.

Para que el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor tenga una regulación eficaz y adecuada, los sistemas de información crediticia adquieren un papel relevante, con objeto de lograr un justo equilibrio entre la protección de la privacidad financiera y el interés público en preservar la estabilidad del sistema financiero reduciéndose los efectos de la “selección adversa” del deudor. En este punto, es preciso evaluar la regulación de la Ley de Protección de datos personales en el tratamiento de los denominados “ficheros de solvencia patrimonial”, segundo bloque normativo que coadyuva a la consecución del objetivo del préstamo responsable.

Y por último, no cabe hablar de préstamo –o crédito- responsable si a su vez no nos referimos al *consumo responsable*, siendo imprescindibles medidas en materia de educación financiera del consumidor. Es éste un terreno en el que España está muy lejos de los planteamientos ya aprobados en otros países.

En cualquier caso, debe evitarse el frecuente “efecto péndulo”, de forma que no pasemos a una regulación desequilibrada, ahora excesivamente *pro debitoris*, que puede traer perniciosos efectos a nuestro mercado crediticio. Es preciso equilibrar el sistema lo que resulta una tarea difícil pues implica a varios sectores de nuestro ordenamiento jurídico, muchos de ellos serán solo enunciados en el presente trabajo y desarrollados más pormenorizadamente por los demás coautores en los correspondientes capítulos a los que me iré remitiendo.

II. El tratamiento concursal de la insolvencia de la persona física y su papel en la prevención del sobreendeudamiento privado.

Si la excesiva deuda privada es uno de los graves problemas que tiene la economía española, es obvio que un tratamiento adecuado de la insolvencia tanto de empresas como de particulares se erige en prioridad legislativa. Y ésta es precisamente una asignatura pendiente en el Derecho español. La Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal se construye exclusivamente sobre el principio de la satisfacción de los

persona física debe abordarse, en primer lugar y en todo caso, desde una perspectiva contractualista en el marco general del derecho de obligaciones y contratos”.

¹⁵ Manifiesta especial preocupación por este extremo, PULGAR EZQUERRA, J, “La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario”, RDM n1 291, enero-marzo 2014, p 211.

intereses de los acreedores y no tanto en la recuperación del deudor y ello constituye una serio obstáculo para la recuperación económica. Centrada en la insolvencia de sociedades ignora y abandona a su suerte al deudor persona física haciendo prácticamente inútil el procedimiento concursal y condenando al deudor a la exclusión social. El principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC imponía la regla de que en caso de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos o por liquidación, el deudor queda responsable de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares. Esta era la regla contenida en el art. 178 LC y que provocaba que la situación del deudor concursado concluido el concurso era la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación, habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones. De ahí la escasez de concursos de persona física en España en plena crisis económica¹⁶

Ello a diferencia del planteamiento vigente en otros ordenamientos – particularmente el modelo anglosajón- en los que la legislación concursal se concibe con el objetivo de lograr la recuperación económica del deudor y su reintegración en el proceso productivo. “En una economía capitalista queremos que los individuos se reintegren en el sistema y realicen actividad económica por cuenta propia asumiendo riesgos. Ello activa la economía y evita que el individuo se convierta en un desagüe por el que se escapan los escasos recursos sociales¹⁷”. De ahí que desde 1898 en USA¹⁸ forme parte de la esencia del concurso personal la figura del *fresh start* o *discharge* por virtud del cual y siempre que se reúnan determinados requisitos, particularmente la buena fe del deudor (honesto pero desafortunado), liquidado su patrimonio, quede exonerado de las deudas pendientes pudiendo “volver a empezar” y reintegrarse en la sociedad. Son variados los modelos que se han diseñado en el Derecho comparado y que básicamente se reconducen a dos: una exoneración directa (modelo anglosajón) o tras un periodo de buena conducta tras el cumplimiento de un plan de pagos (*earned fresh start* o *modelo de rehabilitación*) vigente por ejemplo en el Derecho alemán, recientemente reformado en el sentido de reducir tal periodo de rehabilitación¹⁹.

Sin embargo, en la redacción originaria de la LC, el legislador español que mantiene un enfoque claramente *pro creditoris* en materia de concurso personal, siendo

¹⁶ Según los datos publicados por el INE (www.ine.es) en el año 2013, estando la crisis en pleno auge, de 9750 concursos, solo 999 lo fueron de persona física (231 de persona física con actividad empresarial y 768 sin actividad empresarial. Apenas alcanzan un 10%, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en USA donde los concursos de consumidor son el 96% de los concursos declarados http://www.abiworld.org/Content/NavigationMenu/NewsRoom/BankruptcyStatistics/Bankruptcy_Filings_1.htm.

¹⁷ Nicholas GEORGAKOPOULUS (2002), “Bankruptcy Law for Productivity”, *Wake Forest Law Review*, núm. 37, pp. 51 y ss.

¹⁸ Cfr. CUENA CASAS, M, “Fresh start y mercado crediticio”, InDret 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

¹⁹ Sobre los distintos modelos de protección cfr. SERRANO GÓMEZ, E, ANGUITA VILLANUEVA, L, ORTEGA DOMENECH, J, “Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”, en “Familia y Concurso” dirigido por Cuenca Casas, Cizur Menor, 2009, pp. 24 y ss. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P, El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución, Pamplona 2009, pp. 65 y ss. Sobre la reciente reforma del Derecho alemán en materia de insolvencia del consumidor “Insolvabilität et restructuration en Allemagne http://www.schubra.de/de/veroeffentlichungen/fachbuecher/downloads/Annuaire_2014_gesamt_25022014_bea.pdf

tratada la persona física con un absoluto disfavor respecto al concurso de sociedades²⁰. El régimen de la segunda oportunidad o *fresh start* es un instrumento diseñado de manera específica para resolver la insolvencia de la persona física. La extinción de la persona jurídica prevista en el art. 178.3 LC para el supuesto de conclusión del concurso por liquidación provoca que el pasivo pendiente no sea exigible en la medida en que el deudor desaparece como sujeto de derecho tras la disolución y cancelación de la inscripción en los registros públicos, tal y como ordena el mencionado precepto²¹. Esto no acontece con el deudor persona física que no se extingue jurídicamente y por obra del art. 1911 CC sigue obligado al pago del pasivo pendiente.

El propio funcionamiento de la persona jurídica²² que desaparece como sujeto de derecho tras su liquidación hace innecesario un mecanismo de exoneración de deudas pudiéndose hablar de un *discharge estructural* para las personas jurídicas. El empresario que actúa a través de una persona jurídica, tras la liquidación y extinción de la sociedad y, al margen de las eventuales consecuencias que pueda acarrear una sentencia de calificación, puede reintegrarse a la actividad empresarial volviendo al tráfico económico, lo cual estaba vetado para la persona física que lastra el pasivo pendiente tras la liquidación del concurso pudiendo los acreedores ejercitar las acciones frente al deudor.

La reforma de la LC operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre no supuso ningún avance en este sentido, a pesar de que se presentaron enmiendas que iban en la buena dirección²³. Tampoco los cambios introducidos por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (en adelante LE) han sido relevantes a pesar de que se ha dado entrada la exoneración del pasivo pendiente para el deudor persona natural en la nueva redacción del art. 178 LC. Como señalaré seguidamente, los cambios son escasos en la práctica porque pocos deudores se van a beneficiar de tan importante medida: solo el deudor que satisfaga un umbral de pasivo mínimo satisfecho que es extraordinariamente amplio, podrá exonerarse el pasivo pendiente en caso de concurso fortuito y ausencia de condena penal. Es necesario

²⁰CUENACASAS, M, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, Revista Aranzadi doctrinal, nº7, noviembre 2009. <http://eprints.ucm.es/9714/>

²¹ Con todo, no es impensable un *fresh start* para personas jurídicas, vigente en otros ordenamientos como USA, lo que evitaría su disolución y con ello la pérdida de puestos de trabajo. De hecho, esta es la tendencia en la UE. Destaca a este respecto el documento “Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final. También hay que mencionar el extraordinario dictamen que sobre dicho documento ha hecho el Comité Económico y Social Europeo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:271:0055:0060:ES:PDF>

²² Vid, el profundo estudio de MARTÍNEZ FLOREZ, A, “La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso”, Pamplona 2013 donde cuestiona la aplicación literal del art. 178.3 LC. A su juicio, dados los problemas que suscita la extinción de la sociedad tras la conclusión del concurso, “la solución más razonable consiste en entender que el juez que declara la conclusión del concurso por las causas señaladas en la Ley no debe declarar la extinción de la persona jurídica cuando existan bienes, derechos, procesos o relaciones jurídicas pendientes de la sociedad cuyo concurso se concluye”.

²³ Tales enmiendas son analizadas en mi trabajo, “Familia y concurso de acreedores, Consideraciones generales. Persona física y reforma de la Ley Concursal”, en Tratado de Derecho de la familia, coordinado por Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas, M, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 418.

ampliar el régimen jurídico de la exoneración del pasivo pendiente y acompañarlo de un procedimiento extrajudicial que sea aplicable a toda persona física: empresaria o no. España es uno de los pocos países que carece de un régimen efectivo de exoneración de deudas²⁴, lo que evidencia un retraso normativo en una materia que tiene un extraordinario impacto económico. De hecho, desde el ámbito internacional se ha recomendado la instauración de esta medida porque no solo coadyuva a paliar la insolvencia del deudor, sino que actúa también en el terreno preventivo. Así lo ha mantenido el Fondo Monetario Internacional en su último informe sobre España en el que aconseja una modificación de la Ley Concursal para personas físicas (empresarios y consumidores)²⁵.

Un sistema que permita la exoneración del pasivo pendiente *favorece la salida convencional de la crisis* en tanto que existe un estímulo al acuerdo cuando el acreedor tiene “algo que perder” si se procede a la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal. Hasta la fecha, pocos concursos de persona física concluyen con un convenio por la (falsa) seguridad que impone el principio de responsabilidad patrimonial universal y la posibilidad de agredir bienes futuros. No hay soluciones colectivas eficientes. Los acreedores “no se sientan a negociar” puesto que de no hacerlo no pierden nada. Ahora bien, si corren el riesgo de que se puedan ver afectados sus créditos por una condonación “impuesta”, evidentemente su predisposición a negociar sería mayor acordando quitas y esperas, sin necesidad de llegar a fase de liquidación y, por tanto, a la imposición de un *fresh start*. En España el 97% de los concursos concluyen en liquidación. Dado que el concurso no brinda ninguna posibilidad de recuperación del deudor, la declaración es tardía y la posibilidad de convenio se reduce.

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas debe ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial por el “efecto llamada” que una medida de esta naturaleza generaría. A mi juicio, la regulación de la exoneración del pasivo pendiente supone un *estímulo legal* a la mediación en cuanto disuade a las partes implicadas a acudir al procedimiento concursal. En la actualidad el acuerdo extrajudicial de pagos introducido en la LE está vetado al consumidor y son muchos los requisitos para que los empresarios acudan a él. Es más, son mayores las exigencias para acudir al procedimiento extrajudicial que a la exigua exoneración de deudas que ha introducido la Ley de Emprendedores²⁶.

Un sistema de exoneración de deudas *estimula la iniciativa empresarial* y la creación de empleo. La persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa²⁷. El 51’82% de los empresarios son persona física. El fracaso empresarial en España está penalizado porque al margen de la causa que ha provocado el mismo, el deudor es condenado a la exclusión social porque

²⁴ España, Hungría, Bulgaria y Croacia, únicos países que carecen de un eficaz régimen de segunda oportunidad http://economia.elpais.com/economia/2014/07/19/actualidad/1405781960_610928.html

²⁵ Informe del FMI de 20 de julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> p. 41. Una breve referencia a su contenido puede consultarse aquí <http://hayderecho.com/2014/07/12/flash-derecho-las-propuestas-del-fmi-sobre-insolvencia-de-persona-fisica/>

²⁶ Más extensamente, CUENA CASAS, M, “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, ADCo nº 31, 2014, pp. 123 y ss.

²⁷ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2014.pdf

el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), le impide reiniciar con eficacia una nueva actividad empresarial pues arrastra todo el pasivo pendiente. En España el empresario debe acertar “a la primera”. No puede fallar porque no hay una segunda oportunidad y se ignora que “el éxito se consigue tras fracasar varias veces”²⁸.

Por lo demás este efecto negativo no tiene lugar solo para la persona física como empresaria individual, ya que incluso aunque el sujeto actúe a través de una sociedad, se produce lo que se ha denominado “*responsabilidad limitada imperfecta*”: en esas empresas la separación de los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta²⁹. Efectivamente, detrás de una PYME hay un patrimonio personal que se está arriesgando para el futuro, pues pocas entidades financieras conceden crédito sin un aval prestado por persona física. El resultado es que el nivel de iniciativa empresarial en España es bajo si se compara con los países de nuestro entorno³⁰ y, tal y como se evidencia en el último Eurobarómetro de la Comisión Europea³¹. Según este documento, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. Esta *ratio* es la más alta de los países encuestados, lo que pone de relieve que en España tiene mucho peso en contra de la decisión de emprender la ausencia de una segunda oportunidad para el deudor insolvente y la falta de mecanismos de protección de la vivienda habitual.

El deudor que tiene la “espada de Damocles” de una ejecución singular tras el concurso por razón de responder de sus obligaciones con sus bienes “futuros”, reiniciará actividad económica a través de testaferros, tendrá poco incentivo para encontrar empleo y todo ello tiene un impacto negativo obvio en los ingresos del Estado. Hasta la fecha, el sistema estimulaba la rehabilitación del deudor “al margen de la ley”, lo cual suponía indirectamente un *incentivo a la economía sumergida*.

Este problema es particularmente grave en España. El nivel de la economía sumergida en España sistemáticamente se viene situando muy por encima de los de Francia, Reino Unido, Austria o Alemania y que solamente Italia, entre los países grandes europeos, tiene un nivel superior y se sitúa en torno al 20 % del PIB³². Por lo tanto, abordar eficazmente la insolvencia personal tiene impacto en la reducción del déficit público impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE.

²⁸ Son las palabras de Salim Ismail, fundador de Singularity University en Silicon Valley <http://www.abc.es/20120506/sociedad/abci-educacion-fracaso-201205041751.html>

²⁹ GOMEZ POMAR, F, y CELENTANI, M, *Tarea urgente: el concurso personal*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, nº2 2012, p. 4 <http://www.indret.com/es/?ed=52> (consultado el 21 de octubre de 2013).

³⁰ En España los datos sobre el TEA (*Total Entrepreneurial Activity*), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM 2012) para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/> (Consultado el 21 de octubre de 2013)

³¹ Flash Eurobarometer nº 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*, Agosto 2012, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_en.pdf (consultado el 21 de octubre de 2013)

³² Cfr. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A y MARTÍNEZ PARDO, R, “La economía sumergida en España”, Fundación de Estudios Financieros, 2013. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

Condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión. Ello tiene además un impacto negativo en el desempleo que alcanza en España tasas inasumibles y que ralentizan el crecimiento económico.

La instauración del régimen de segunda oportunidad o *fresh start* debe ser aplicada a mi juicio *a toda persona física*, al margen de que realice o no actividad empresarial³³. Ciertamente que los sistemas de cobertura propios de un Estado social pueden incidir en la necesidad o no de un determinado régimen de insolvencia personal siendo mayor su requerimiento cuanto menores son las coberturas. Sin embargo, el mayor uso de las prestaciones sociales aumenta el gasto público y la recuperación del deudor fruto de un eficaz sistema de insolvencia con exoneración del pasivo pendiente, permite que el deudor pueda satisfacer sus propias necesidades sin tener que recurrir a prestaciones públicas y ello tanto si es un consumidor como un empresario. La severidad del principio de responsabilidad patrimonial universal se produce solo respecto de las personas físicas³⁴ y es preciso recuperar al sujeto como consumidor potencial evitando su exclusión social, lo cual tiene impacto en el gasto público y mediatamente en la insolvencia empresarial que requiere de consumo activo. De hecho, la caída del consumo privado es una de las causas del cierre empresarial. A mi juicio, *no se puede afrontar de manera efectiva la insolvencia empresarial sin tratar en paralelo la insolvencia del consumidor*³⁵.

Exonerar solo al empresario trae como dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceden de su actividad empresarial y si todas le pueden ser condonadas, entonces la discriminación negativa al consumidor sí es, a mi juicio, insostenible³⁶.

Otro efecto colateral sumamente relevante de la regulación adecuada de la insolvencia de la persona física es que *estimula la concesión responsable de crédito*, cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera. La instauración de la exoneración del pasivo pendiente tiene pues un efecto colateral en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe citado, al señalar que “los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una “salida de emergencia” tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito”³⁷.

³³ Destaca el Banco Mundial en su Informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, ADCo nº 31, p. 223, que a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son “consumidores puros” y los deudores que son empresarios o “no empresarios”. La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en proveedores de servicios autónomos”.

³⁴ Para DE LA CUESTA RUTE, JM, “Persona física y consumidor”, en “Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, coordinado por Cuenca Casas, M y Colino Mediavilla JL, Cizur Menor, 2009, p. 115,

³⁵ Me refiero a la noción de consumidor como persona física que actúa en el ámbito ajeno de su actividad empresarial o profesional. No parto del concepto acogido en el art. 3 TRLCU de 2007 que considera también consumidor a la persona jurídica y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

³⁶ Trato de esta cuestión y su incidencia en el Derecho Italiano, en mi trabajo “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal 2012, pp. 97 y ss

³⁷ Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, ADCo nº 31, p. 240.

La excesiva tutela del acreedor que caracteriza la legislación concursal española le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución. Este error de base es el que nos ha conducido a la crisis actual.

Con el *fresh start*, las entidades financieras deben hacer una adecuada valoración del riesgo (para lo cual hay que brindarles información financiera adecuada) porque de no hacerla, tienen el riesgo de no cobrar por la exoneración que implica el *fresh start*. Aquí se ha dado crédito “a manos llenas” a gente que no podía devolverlo y la respuesta no debe ser la condena del deudor a la exclusión social y la impunidad absoluta del acreedor.

A pesar de que la liberación del pasivo pendiente constituye una medida presente en la mayoría de los países de la UE³⁸ y de larga tradición en USA, en España sigue habiendo extraordinarias reticencias y su implantación tras la aprobación de la LE es extraordinariamente limitada por temor a sus efectos reflejos³⁹ y, particularmente, porque puede dificultar el acceso al crédito y su encarecimiento. A mi juicio, tal riesgo es evitable si también se introducen cambios las políticas crediticias que valoren la solvencia no solo con base en la entidad del patrimonio del deudor, sino también su comportamiento crediticio⁴⁰, de manera que pueda ajustarse el coste a la prima de riesgo de cada deudor de forma parecida a como sucede en el ámbito del seguro. No es razonable que el buen pagador soporte las causas del mal pagador.

Resulta lamentable que en el contexto económico actual todavía se sigan alzando voces en contra de esta medida⁴¹ cuya obstaculización solo busca proteger las cuentas de resultados de las entidades financieras.

³⁸ Francia, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria, Finlandia. Un estudio comparativo a nivel europeo, cfr. PROYECTO DEL «PROCEDIMIENTO BEST» SOBRE REESTRUCTURACIÓN, QUIEBRA Y NUEVO COMIENZO INFORME FINAL DEL GRUPO DE EXPERTOS. Dirección General de Empresa. Comisión Europea. 2003.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf. En este proyecto se realizan recomendaciones a los Estados miembros y entre ellas destaca: “La rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes es decisiva para promover los nuevos comienzos y la actividad empresarial. Dado que, hasta cierto punto, implica un tratamiento *de gracia*, tal exoneración debe estar sujeta a ciertas condiciones (por ejemplo, el consentimiento de los acreedores; el pago de la parte de las deudas, cuando sea posible; el examen de la conducta del deudor o la cooperación con el administrador judicial y la plena información sobre los activos y el pasivo). Ciertas deudas podrían quedar excluidas (aquéllas que la legislación nacional establezca)”. Se trata de una medida reclamada por la UE. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “*El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*” DOCE 2008/C 44/19: “La diversidad de los sistemas establecidos en cada uno de los países que los han desarrollado, no sólo en Europa sino también en el resto del mundo, combinada con su ausencia en otros países, favorece una situación de desigualdad de oportunidades que genera injusticia social, por un lado, y que distorsiona y obstruye la plena realización del mercado interior, por otro. Eso justifica una intervención proporcional de la Unión Europea, cuyo fundamento jurídico indispensable puede encontrarse en el derecho primario.

³⁹ Así lo ha puesto de relieve, ROJO, A, *Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas*, El futuro de la protección jurídica de los consumidores, dirigido por Tomillo Urbina, J y coordinado por Álvarez Rubio, Cizur Menor 2008, p. 254.

⁴⁰ Este aspecto ha sido tratado en mi trabajo, “Fresh Start y mercado crediticio”, Revista InDret, julio 2011. www.indret.com Vid. PASCUAL, P, “Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el Derecho Comparado”. Capítulo II, 2. BALBUENA, M, “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el mercado crediticio”, Capítulo I. 2.

⁴¹ En este sentido, CARRASCO PERERA, A, “Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen español *de iure condendo*” en “El sobreendeudamiento de los particulares y del

Tampoco creo que el establecimiento de un remedio de esta naturaleza vaya a producir a corto plazo una aplicación masiva de la misma. Como he dicho, sus efectos son también *preventivos*, de estímulo a la salida convencional de la crisis (evitándose la declaración del concurso o la liquidación) y su aplicación es excepcional y restrictiva tras el cumplimiento en su caso de un plan de pagos y siempre que el deudor reúna determinadas circunstancias⁴². No se trata solo de dar una salida al deudor insolvente hoy, sino de estimular el préstamo responsable con el objeto de evitar que una inadecuada valoración del riesgo crediticio pueda provocar situaciones de insolvencia futura.

Con todo, en el contexto actual, las medidas del Gobierno, al margen de las adoptadas en materia de sobreendeudamiento hipotecario a las que posteriormente haré mención, ha introducido en el Proyecto de Reforma del Código Penal⁴³ un endurecimiento de las penas en materia de delitos económicos, modificando los artículos 257 y 258 del Código Penal, tipificando las conductas de obstaculización de la ejecución y ocultación de bienes, con el objeto de facilitar el cobro de los acreedores. Así mismo, se modifica el art. 258 CP el engaño en la declaración de bienes por parte del deudor y se añade el art. 258 bis CP que castiga a quienes hagan uso de bienes

consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate”, dirigido por A. Sarcina, Euriconv, 2014, p. 267, para quien “El fresh start es un mito contrafáctico, que no puede ser conseguido con concurso ni sin concurso. Un deudor consumidor que de hecho no paga su deuda, con el correlato de que el acreedor de hecho no la cobra porque no tiene interés en sufragar costes en un proceso inefectivo de ejecución, es un deudor que obtiene el mismo nivel de liberación que el que obtiene un deudor redimido de su deuda impagada después de un proceso determinado de reajuste”. “El fresh start genera riesgos no controlables de azar moral, es difícilmente desestimulador de abusos futuros, y penaliza a los consumidores futuros a costa de los deudores presentes”. Disiento de la opinión del autor que coloca a España a la vanguardia del retraso normativo con base en una argumentación basada exclusivamente en el riesgo de encarecimiento del coste crediticio y los costes que conllevaría la evaluación de la conducta del deudor que produciría falsos positivos. Por el momento lo único claro y constatado es el abuso de las entidades financieras que ha llevado a la economía mundial a la debacle. Mantener este desequilibrio solo sigue facilitando que las entidades sigan actuando en situación de riesgo moral, algo que se pretende por muchos. Es claro que aunque no exista exoneración de deudas, el deudor insolvente no va a pagar, pero tiene la “espada de Damocles” de una eventual reclamación en el futuro si remonta. La situación no es la misma que si se le condona la deuda y buena prueba de ello es el recurso a la economía sumergida de deudores que arrastran deudas por actividad empresarial frustrada. Tampoco comparto la idea de que “la responsabilidad del financiador por la provisión de crédito inasumible por el consumidor es una vía mucho más barata y más efectiva que pervertir el sistema concursal para permitir que el banco sea declarado cómplice del concurso en la pieza de calificación”. Que el consumidor tenga que ejercitar una acción para reclamar daños y perjuicios, constituye un camino mucho más largo e ineficaz que adoptar medidas desde el procedimiento concursal. Buena prueba es la reticencia del sector financiero en España a la adopción de cualquier medida en este terreno: implicaría control y prevención, que es lo que no se quiere en realidad.

⁴² La Proposición de Ley presentada por UPyD en el Congreso relativa a la dación en pago y la protección de las personas físicas insolventes (BOCG de 27 de diciembre de 2011. X legislatura. Serie b. Proposiciones de Ley. Núm. 11-1.) aborda, a mi juicio, correctamente la cuestión. Fue debatida el 13 de marzo de 2012, apoyada por todos los grupos parlamentarios, excepto por el Partido Popular que si bien alabó su calidad técnica, entendió que se solapaba con el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios. Para un análisis de su contenido y los detalles de su debate parlamentario, cfr. CUENA CASAS, M, *Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal 2012, pp. 97 y ss.

⁴³ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1

embargados por autoridad pública que hubieran constituido en depósito sin estar autorizados para ello.

Evidentemente no aplaudo las conductas tipificadas en dichos preceptos, pero sí denuncio que no parece razonable que toda la intervención legislativa presione sobre una de las partes en la relación jurídica: el deudor y no se tenga en cuenta la conducta del acreedor a la hora de conceder crédito, conducta irregular que puede poner en riesgo el sistema y perjudicar los intereses de los deudores potenciales. De hecho, en otros países se han adoptado medidas para “compensar” a estos deudores afectados por la concesión irresponsable de crédito y que se han visto en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones⁴⁴, algo que han sugerido para España organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional⁴⁵.

La Ley de Emprendedores y su Internacionalización de 27 de septiembre de 2013, aborda de manera insuficiente la insolvencia de la persona física insolvente⁴⁶ a pesar de haber introducido en los art. 178.2 y 242.2.5º el régimen de segunda oportunidad. La técnica legislativa empleada es lamentable y son tantas las dudas que genera el nuevo régimen que su aprobación ha merecido una reunión de jueces de lo mercantil de Madrid con objeto de adoptar criterios comunes para la solución de algunos aspectos conflictivos⁴⁷.

Según el nuevo art. 178.2 LC toda persona natural (consumidor y empresario) cuyo patrimonio se haya liquidado tras la declaración de concurso, puede obtener la exoneración legal de las deudas pendientes siempre que el concurso sea declarado fortuito, no haya sido el deudor condenado penalmente por el delito contemplado en el art. 260 CP u otro “singularmente relacionado con el concurso”, (expresión de difícil interpretación) y haya abonado todos los créditos contra la masa, los privilegiados y el 25% del pasivo ordinario. Como regla general, se “perdonaría” el 75% del pasivo ordinario y todo el subordinado.

También se prevé un procedimiento para llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos a través de un “mediador concursal” al que no puede acudir el consumidor y sólo pueden hacerlo los empresarios, profesionales y otros deudores a los a que alude el nuevo art. 231 LC. Pues bien, cuando el deudor intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial y consigue abonar los créditos contra la masa y privilegiados, podrá beneficiarse de la exoneración de todo el pasivo ordinario y subordinado. Así lo establece el último inciso del art. 178. 2 y el art. 242.2.5º LC referido al concurso consecutivo tras el fracaso del acuerdo extrajudicial, de su incumplimiento o de su impugnación. En este caso, también se le perdonarán las deudas insatisfechas, salvo el crédito público que solo queda dentro de la exoneración cuando se trata de

⁴⁴ Aunque en la mayoría de los países afectados por la crisis financiera se han producido irregularidades en el sector financiero, las soluciones han sido distintas y se ha atendido también a la situación de los deudores. Es el caso de Islandia que, aunque no puede ser ejemplo de buena conducta, tras la nacionalización del sector financiero procedió a la condonación a los ciudadanos del pago de créditos por un valor equivalente al 13% del PIB <http://www.bloomberg.com/news/2012-02-20/icelandic-anger-brings-record-debt-relief-in-best-crisis-recovery-story.html>

⁴⁵ Informe del FMI de 20 de julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> p. 41.

⁴⁶ Análisis la regulación implantada en por la LE en “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, ADCo nº 31, 2014, pp. 123 y ss.

⁴⁷ Sus conclusiones pueden consultarse aquí <http://www.otrosi.net/sites/default/files/CriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf>

consumidores y cuando el empresario deudor no ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial. Teniendo en cuenta que el crédito público puede ser una partida importante del empresario, esta discriminación de régimen jurídico puede suponer un estímulo negativo a la entrada del deudor en la vía prejudicial, puesto que si no intenta el acuerdo sí podrá exonerarse el crédito público, aunque tendrá que abonar al menos el 25% del pasivo ordinario. El deudor tendrá que “hacer números” para ver si le interesa o no alcanzar un acuerdo lo cual es un auténtico despropósito.

Cabe cuestionar *la decisión de vetar el acceso al consumidor al procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial* que evitaría un temido colapso judicial, yendo nuestro legislador en contra de lo que acontece en la mayoría de los países que desjudicializan el tratamiento de la insolvencia del consumidor. No se explica por qué esta restricción a la salida convencional de la crisis al margen del concurso.

Aunque pueda parecer lo contrario, *la nueva regulación no favorece el acuerdo entre deudor y acreedores*, ya que hay límites estrictos al acceso a tal procedimiento (art. 231.3 LC) y también al acuerdo (no caben quitas superiores al 25% del pasivo ni esperas superiores a 3 años), más exigentes que los establecidos para el convenio concursal (quita del 50% deuda y 5 años de espera).

El umbral mínimo de pasivo satisfecho que se exige para obtener la exoneración o fresh start es extraordinariamente alto, lo que dejará fuera del ámbito de protección de la norma a muchos deudores que no tendrán activo suficiente para abonar todos los créditos contra la masa, privilegiados y 25% pasivo ordinario. Los casos de concurso por insuficiencia de masa quedan fuera de la exoneración de deudas: concluido el concurso, los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares y el deudor seguirá condenado a la exclusión social.

A mi juicio, *otro error grave es haber determinado los créditos no exonerables en función de su clasificación en el concurso*. Los criterios de la clasificación de un crédito como subordinado o privilegiado se sustentan en razones que sirviendo para determinada finalidad, pueden no ser aptos para justificar una exoneración de deudas. *Fallos cometidos por el legislador en la calificación de un crédito se propagan al régimen de la exoneración*. Tal es lo que acontece con la configuración como subordinados de los créditos del concursado con personas especialmente relacionadas con él a que se refiere 92.5° LC y que son enumeradas en el art. 93 LC (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos etc.). En España la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que ostente con el concursado, de manera automática, prescindiéndose de la naturaleza del crédito que tales personas ostenten contra el deudor.

Los créditos subordinados pueden ser objeto de exoneración por el mero hecho de ser subordinados y de ahí que se produzcan situaciones “dantescas”: así, por ejemplo, en España las *pensiones por alimentos debidas y no pagadas* antes de la declaración de concurso son créditos subordinados (aunque su impago en algunos supuestos pueda constituir un ilícito penal) y por tanto exonerables (salvo que tal ilícito penal se considere que es un delito relacionado con el concurso); *la indemnización de daños y perjuicios que el concursado debe a un tercero* es crédito privilegiado (art.

91.5º LC) 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. 178.2 LC, algo que no sucede en ningún país civilizado.

En la mayoría de los países que acogen el *fresh start*, se excluyen determinadas deudas de la exoneración, singularmente las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil o las deudas de alimentos. En España, las multas penales tienen la consideración de crédito subordinado (art. 92.3 LC) y serían exonerables, y como ya advirtiera el CGPJ en su informe al Anteproyecto, “la remisión de la deuda que recoge el artículo 178.2 LC supondría la eliminación de la pena de multa, al margen de las causas de extinción de las penas que contempla el Código Penal que, por otra parte, es una ley orgánica⁴⁸”. De ahí que la mayoría de los países eliminen expresamente de la exoneración las multas penales, cosa que aquí tampoco ha sucedido. Solo si se consideran crédito público, quedarán fuera de la exoneración y solo para el empresario, lo cual es ridículo. *Determinar las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso conduce a situaciones lamentables como las descritas.*

Otro fallo de la ley es la *falta de exigencia de buena fe en el deudor insolvente* para que pueda beneficiarse del *fresh start*. Basta que el concurso sea fortuito y que no haya condena penal por delitos como el del art. 260 CP y otro “singularmente relacionados con el concurso”. Al margen de la falta de prejudicialidad penal (art. 189 LC) y, sobre todo, de la falta de vinculación del juez penal de la calificación del concurso, puede ser un concurso fortuito y, sin embargo, que haya condena penal del concursado. ¿Qué pasa si concluido el concurso hay abiertas diligencias penales? ¿Podrá el juez mercantil exonerar al deudor del pasivo pendiente, dado que no hay condena penal o deberá esperar a que concluya el proceso penal?

Por otro lado, no todo el que no es un delincuente merece que le perdonen las deudas. A mi juicio, concurso fortuito y ausencia de condena penal no es sinónimo de buena fe a los efectos de ser el deudor merecedor de la exoneración de deudas. La buena fe en este terreno, no puede equivaler a ausencia de dolo o culpa grave (que es lo que se exige para el concurso culpable), pues hay una *zona gris*, un comportamiento imprudente que si bien no nos conduce al concurso culpable sí nos debe llevar a denegar la exoneración.

En España *se permite la exoneración “directa” tras la liquidación del patrimonio del deudor, sin un adecuado control de su comportamiento*, lo que convierte a nuestra regulación en un “coladero”, ya que deudores que pueden no merecerlo por haber actuado de manera irresponsable, podrán beneficiarse de esta medida. Muy diferente de la ley española, es la recientemente aprobada en Italia ley de sobreendeudamiento de los consumidores⁴⁹ que regula la exoneración de deudas (*esdebitazione*) también para consumidores, excluyéndola “*cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial*”, circunstancia que será

⁴⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, p. 21. www.poderjudicial.es

⁴⁹ Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*.

valorada por el juez. El legislador español debería haber incluido una cláusula de cierre que permitiera al juez valorar en el caso concreto la actuación del deudor en aras de determinar si es o no merecedor de la exoneración. Ni siquiera se establece un requisito común en la mayoría de los países de nuestro entorno y es que haya transcurrido un determinado período de tiempo desde que se obtuvo una exoneración y que suele fijarse en 8 años. En cambio y, sorprendentemente, el art. 231.4 LC impide acudir al procedimiento extrajudicial al deudor que hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial en los tres años anteriores a la solicitud. *Se ponen más obstáculos al acuerdo que a la exoneración de deudas, lo que es ciertamente insólito.* Con este deficitario sistema de control de la conducta del deudor, el riesgo de alteración de la cultura de pago y de que el deudor actúe en situación de riesgo moral, se incrementa notablemente.

Por último, cabe plantear lo que acontece con los *fiadores, avalistas y coobligados solidarios del concursado*. Si éste se beneficia de una exoneración de deudas ¿podrá el acreedor dirigirse contra los sujetos que garantizaban el crédito precisamente en caso de insolvencia del deudor? La lógica aconsejaría que sí. De hecho en la mayoría de los países de nuestro entorno así se establece expresamente: el acreedor no podrá reclamar la deuda pendiente al concursado, pero sí a los garantes. A legislador español se le ha olvidado decirlo al modificar el art. 178.2 LC. Sí se acordó de hacerlo cuando reguló el efecto de las quitas y esperas del convenio concursal (art. 135 LC) y también en el nuevo art. 240 LC cuando trata del efecto del acuerdo extrajudicial de pagos, permitiendo a los acreedores que puedan dirigirse contra los garantes a los que no les afectaban las quitas. Pero ¿qué pasa con los garantes si hay una exoneración de deudas decretada judicialmente por imperativo legal? Si no dice nada expresamente el legislador, según los principios generales contenidos en el Código Civil, extinguida la obligación del deudor principal cae la del fiador (art. 1847 CC) y lo mismo para la propagación de efectos de la quita de la totalidad de la deuda hecha a uno de los codeudores solidarios (art. 1143 CC). Si esto es así, el acreedor no podrá reclamar su crédito exonerado al deudor principal ni a los garantes y esto sí que es un auténtico despropósito que desnaturaliza las garantías personales y que puede tener un impacto extraordinariamente negativo en el mercado crediticio.

La insuficiencia del sistema ha sido denunciada recientemente por el FMI⁵⁰ aconsejando cambios en la legislación concursal española de forma que se introduzca un régimen de segunda oportunidad para personas físicas (consumidores y empresarios), una vez liquidado su patrimonio tras el transcurso de un periodo de tiempo no superior a tres años. Se critica abiertamente la regulación actualmente vigente favorece la economía sumergida, desincentiva al deudor a declararse en concurso, amputa la iniciativa empresarial y no favorece la salida convencional de la crisis. A juicio del FMI se trata de un *discharge* muy limitado porque requiere abonar el pago íntegro de deudas garantizadas, crédito público, crédito privilegiado y el 25% del crédito ordinario lo cual beneficiará a pocos deudores”. Ello provoca que existan pocos incentivos para que el deudor se declare en concurso de acreedores, supone un obstáculo a la iniciativa empresarial y favorece la economía sumergida, ya que el empresario que fracasó, al lastrar las deudas pendientes no se reintegra “oficialmente” al mercado por el riesgo de pérdida de las eventuales ganancias de su nueva actividad. El deudor trata de ocultar

⁵⁰ <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>

sus ganancias a los acreedores y también al Estado lo que priva a éste de importantes ingresos agravando el déficit público.

El informe insiste en un aspecto relevante y que en España se utiliza frecuentemente como excusa: un régimen de segunda oportunidad *no altera la cultura de pago*: la experiencia muestra que los países con alta disciplina pago introdujeron un régimen de bancarrota personal que fue aceptado por los bancos y el sector del crédito al consumo, sin menoscabo de la cultura de pago, y sin que afectara negativamente al coste de crédito.

También desde la UE se insiste en las bondades de un régimen de segunda oportunidad. La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014⁵¹ sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, sugiere expresamente (apartado 30) el establecimiento de un régimen de segunda oportunidad para los empresarios que permita una condonación del pasivo pendiente en un plazo no superior a 3 años, estableciéndose mecanismos de control de forma que no se aplique a los empresarios que han actuado de forma deshonesto o de mala fe. Como se puede comprobar, no basta que el deudor no sea un delincuente, sino que es preciso que sea honesto. *La exoneración de deudas no es un derecho, sino in privilegio*, algo que el legislador parece desconocer dada la laxitud con la que valora el comportamiento del deudor para concederle la exigua condonación que contempla en el texto vigente de la LC.

Desde que emergió la crisis es constante la *apariencia de regulación* que el legislador quiere crear dictando normas que no son más que brindis al sol. Su insuficiencia está provocando decisiones judiciales que si bien puede decirse que llegan a una solución justa, lo hacen violando la ley contraviniendo los pilares del Estado de Derecho y esto es especialmente grave y compromete la seguridad jurídica⁵².

El tratamiento eficaz de la insolvencia de la persona física es esencial por el impacto económico que tiene, tal y como se ha puesto de relieve a nivel internacional. La reforma de la Ley Concursal es, pues, otro bloque normativo esencial que debe llevarse a cabo para paliar la situación de los deudores insolventes y favorecer su reintegración social, pero también como estímulo a la prevención del sobreendeudamiento privado por el efecto que mediatamente tiene de favorecer el préstamo responsable y la adecuada evaluación de la solvencia del deudor a cuyo régimen aludiré posteriormente.

III. Las especialidades del sobreendeudamiento hipotecario. La necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el contexto actual en el que nos encontramos, es preciso abordar de manera diferente la insolvencia general de la persona física del problema del

⁵¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_es.htm

⁵² Vid el Auto del Juzgado Mercantil nº 12 de Barcelona, de 22 de enero de 2014 (AC 2014/430) que aplica la exoneración del pasivo pendiente a dos personas físicas concursadas, al margen de los criterios legales.

sobreendeudamiento hipotecario y ello por más que éste sea, en la mayoría de las ocasiones la causa de su insolvencia. Digo en la mayoría porque no son pocos los autónomos que resultan insolventes por haber fracasado en su actividad por causas exógenas (entre otras razones, por impagos de la Administración pública) y, por lo tanto, no siempre una persona física es insolvente por consecuencia de su alto endeudamiento hipotecario.

A pesar de la evidente conexión entre ambos problemas, su tratamiento jurídico es distinto así como diferentes son las causas que lo han generado. No hay que olvidar que el sobreendeudamiento hipotecario ha sido estimulado por el propio sistema (entre otras, con medidas fiscales) y ha generado durante muchos años importantes ingresos públicos (lo que podía justificar que el déficit público español fuera escaso aún con un potente Estado del bienestar). Se estimuló un endeudamiento sin un régimen paliativo de la insolvencia que es connatural al crédito y con un enfoque claramente *pro creditoris*. Es más se llegó a ver como algo positivo el que la vivienda sirviera como medio para la adquisición de otros bienes y servicios recurriéndose al préstamo hipotecario⁵³.

El abordaje legislativo del endeudamiento de las familias españolas que tanto preocupa a nivel internacional⁵⁴ debe hacerse, a mi juicio, desde *Ley de Enjuiciamiento Civil* sin que sea necesario modificar la estructura del derecho real de hipoteca que tan útil ha sido para permitir a los ciudadanos el acceso a la vivienda en propiedad. No soy en absoluto partidario de generalizar la hipoteca de responsabilidad limitada como regla, ni de instaurar la mal llamada “dación en pago” forzosa como solución sobreendeudamiento hipotecario.

El problema del sobreendeudamiento hipotecario no debe encontrar respuesta en la legislación concursal y menos en la institución del “fresh start”, ya que nunca se exoneran deudas garantizadas. Sólo mediatamente el “fresh Start” podría ser útil en aquellos casos en los que subsiste deuda pendiente una vez ejecutada la hipoteca y siempre que el deudor con posterioridad se declarara en concurso, en tanto que, ejecutada la garantía, el pasivo pendiente que hubiera quedado insatisfecho, tendría la consideración de crédito ordinario y, por tanto, exonerable.

No considero adecuada la instauración como regla de la “dación en pago” forzosa. Por concepto este instituto requiere siempre el consentimiento del acreedor (art. 1166 CC) por lo que me parece contradictorio su uso cuando lo que se quiere es su

⁵³ Así se dijo desde la *Asociación Hipotecaria Española* (27 de noviembre de 2003):

“En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras”. <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahe/pages/Home.jsp?mID=19> La hipoteca sobre la vivienda familiar servía en muchas ocasiones no solo para atender la necesidad de vivienda.

⁵⁴ El Fondo Monetario Internacional viene alertando de la necesidad de reestructurar la de las familias <http://www.diarionegocio.es/dinero/el-fmi-sugiere-ayudar-las-familias-que-reestructuren-su-deuda-20120410> e incluso ha llegado a proponer la quita de parte de la deuda hipotecaria. El organismo pide ayudas estatales para las familias al igual que las otorgadas a la banca <http://www.intereconomia.com/noticias-negocios/claves/fmi-anima-espana-perdonar-parte-hipotecas-familias-20120411> . Ejemplo paradigmático es Islandia donde los bancos han perdonado deuda hipotecaria equivalente al 13% PIB y lo cierto es que este país ha iniciado el crecimiento económico <http://www.libremercado.com/2012-02-21/la-banca-islandesa-perdona-las-hipotecas-de-sus-propietarios-1276450721/>

“imposición”. La hipoteca como derecho real de garantía supone un “refuerzo” del derecho de crédito, de manera que el acreedor tiene la misma garantía que los demás acreedores del deudor (su patrimonio, art. 1911 CC) y *además* preferencia para ejecutar con eficacia *erga omnes* un bien de dicho patrimonio. Privarle al acreedor hipotecario de la garantía patrimonial del deudor supone desnaturalizar el derecho real de hipoteca, por más que esta posibilidad esté prevista en el art. 140 LH. Si instauramos como regla que el acreedor ante el incumplimiento del deudor solo podrá ejecutar el inmueble hipotecado, supondría que el acreedor no podría embargar, por ejemplo, una cuenta corriente del deudor que tuviera saldo y eso es antieconómico. El riesgo de disminución de valor del inmueble no debe, a mi juicio, recaer exclusivamente sobre el acreedor. Esta medida sí que encarecería, a mi juicio, el mercado crediticio.

Para abordar esta problemática, en mi opinión, hay que analizar las causas que nos han llevado a esta situación porque la hipoteca ha funcionado razonablemente bien desde hace muchos años y la situación actual no se ha producido antes. Hay que analizar lo que ha fallado. Como acertadamente se ha señalado “nuestro sistema hipotecario es sólido y ha permitido acceder a la vivienda a millones de ciudadanos españoles, pero la crisis ha puesto en evidencia aspectos y prácticas bancarias que es necesario y urgente corregir. Que se hayan concedido préstamos hipotecarios por encima del valor de tasación o que se hayan tasado suelos o viviendas por encima de su valor no es una buena práctica; que se hayan establecido cláusulas suelo del 3 % con cláusulas techo del 12 % -además cuando se preveía la bajada del Euríbor- no es una buena práctica; que se incorporen a los contratos de préstamo hipotecarios fórmulas para calcular los intereses de demora que pueden alcanzar el 29 % no es una buena práctica⁵⁵”. En definitiva, la *causa del problema no se encuentra en el derecho real de hipoteca, sino en una mala praxis* que es preciso prevenir y sobre todo, sancionar para que la impunidad hasta ahora existente no genere situaciones de riesgo moral.

Un dato incontestable es la disminución de valor de mercado de los bienes inmuebles. Pero esta razón no es la única que ha provocado que cuando se procede a la ejecución hipotecaria, el valor del bien no sea suficiente para el pago de la deuda garantizada. En primer lugar, ha fallado la tasación realizada en el momento de la constitución de la hipoteca, la cual no se ha hecho a valor de mercado en tal momento, sino que se “ha inflado” partiendo de la idea de que el valor subiría, tal y como había venido sucediendo hasta la fecha. Esta es la primera irregularidad y que no es imputable al consumidor. En segundo lugar, ese valor de tasación “inflado” ha permitido a la entidad financiera “prestar más” para hacer más negocio y, en ocasiones, superando el 80% del valor de tasación⁵⁶. Segunda irregularidad tampoco imputable al consumidor.

Por lo tanto, nos encontramos con inmuebles con valores inflados que garantizan deudas hipotecarias escandalosas, efectos de los que el consumidor no podía escapar si quería tener una vivienda, máxime cuando esta contratación se realizaba a través de

⁵⁵ Son palabras del MATOS MASCAREÑO, P, Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación permanente. Año 2012 X Legislatura Núm. 82 Sesión plenaria núm. 78 celebrada el 18 de diciembre de 2012.

⁵⁶ Esta práctica es denunciada por la defensora del pueblo en el informe Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del defensor del pueblo. http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Crisis_Hipotecas_2012.pdf p. 79 Y también por MOCHÓN, F “La ejecución hipotecaria y la dación en pago”, El Notario del S XXI enero-febrero 2012, pp. 72.

contratos de adhesión con una absoluta predisposición contractual por parte del prestamista. Y si la vivienda era excesiva para la capacidad económica del deudor, el departamento de riesgos de la entidad financiera, preparado para tal evaluación, debería haberlo detectado. Tercera irregularidad. Y no se diga que la culpa es del consumidor irresponsable⁵⁷. Esta afirmación que escucho con cierta frecuencia ignora la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor en la contratación bancaria⁵⁸, ignora que el sistema avaló el sobreendeudamiento como mecanismo de acceso a un bien de primera necesidad como es la vivienda y, sobre todo ignora, que no hay consumidor que se endeude de manera irresponsable si no hay un acreedor que le concede crédito de manera irresponsable. *La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaria es del profesional*. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión imprudente de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades⁵⁹. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones. Es el banco quien debe medir la capacidad de reembolso del cliente y abstenerse de dar créditos que rebasen las normas prudenciales⁶⁰. Todo ello sin perjuicio de la necesaria intervención legislativa en el terreno de la educación financiera del consumidor, que es otro pilar fundamental para el logro de una efectiva prevención del sobreendeudamiento privado.

Hasta aquí, el problema se centra en un *control de comportamiento*. Si a ello añadimos que el art. 682 LEC prevé que el valor de tasación a efectos de ejecución será el pactado en la escritura pública, el resultado es que el inmueble sale a ejecución a “precio de burbuja” cuando el valor del inmueble en el momento de la ejecución es notablemente inferior, lo que trae como consecuencia que la subasta quedara desierta y el art. 671 LEC permitía al acreedor adjudicarse el inmueble al 60% valor de tasación (pudiendo existir un tipo específico para la subasta respecto del que no existía límite alguno). De ahí que las entidades financieras acumulen tal cantidad de inmuebles. En ocasiones, el que subsista deuda pendiente tras la ejecución deriva del hecho de que tal inmueble se lo adjudica el acreedor a un precio muy inferior al fijado para la concesión del préstamo⁶¹. *Las normas de ejecución hipotecaria fueron en su mayor parte las causantes del problema y en su reforma había que residenciar la solución*.

Pues bien, en este contexto se han producido varias iniciativas legislativas. El RD 6/2012 de 9 de marzo y su código de buenas prácticas no ha solucionado ni de lejos el

⁵⁷ Incide en este aspecto, GALLEGO, E, “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, Capítulo I.4.

⁵⁸ Este aspecto también es denunciado por la Defensora del pueblo en el informe citado, p. 82.

⁵⁹ Como ya dijera POTTOW, J “Your credit card company knows how much you should borrow better than you do” (*Private liability fo reckless Consumer lending*, University of Illinois Law Review, 2007, n.1).

⁶⁰ ZUNZUNEGUI, F, *Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.129/2013, BIB 2013\14179

⁶¹ Escandaloso es el supuesto que resuelve el Auto del JPI nº 8 de Valladolid de 27 de febrero de 2012. Se ejecuta un inmueble hipotecado que fue tasado por la entidad financiera en 113.100 euros. La deuda pendiente asciende a 74.819 euros. Quedando desierta la subasta se adjudica el inmueble al 50% valor de tasación (anterior a la reforma 2011): 56.550 euros. Resta un pasivo pendiente de 18.269 euros. La entidad financiera inicia el procedimiento de ejecución por el sobrante y al mismo tiempo oferta en su web la venta del inmueble adjudicado a 95.000 euros. Gracias a la LEC, la entidad financiera pretende sacar un beneficio de 38.450 euros por su venta a terceros, además de reclamar 18.269 al deudor principal. El juez impide que continúe la ejecución por el resto de deuda pendiente.

problema planteado y ha constituido, a mi juicio, un auténtico “brindis al sol”, dado su restringido ámbito de aplicación⁶².

El objetivo de la norma no era atajar con carácter general el problema del sobreendeudamiento hipotecario ni el de la insolvencia de la persona física y ni siquiera la dificultad sobrevenida consecuencia de la disminución del valor de mercado de los inmuebles que provoca que en la ejecución hipotecaria no sea suficiente para el pago de la obligación garantizada.

Sus objetivos son más discretos: resolver los problemas que para el pago de la deuda hipotecaria tienen algunos deudores (no todos) que son los que se encuentran en el umbral de exclusión social. Desde el punto de vista objetivo, la norma se refiere a préstamos hipotecarios contraídos para la adquisición de vivienda habitual. Se prevén medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria y subsidiariamente en determinados supuestos, la dación en pago de la vivienda con cancelación total de la deuda pendiente.

La tutela que se pretende con la norma a los escasísimos supuestos a los que es de aplicación solo se dispensa si la entidad financiera se acoge al código de buenas prácticas sobre la que se instrumenta. A mi juicio, yerra el legislador con este instrumento que provoca, ciertamente, no poca indignación, si tenemos en cuenta que tales entidades son en parte responsables del sobreendeudamiento de personas al borde de la exclusión social, al haberse sobrevalorado muchos inmuebles destinados a vivienda habitual. Dejar en manos de las entidades la restrictiva tutela que la norma dispensa es, a mi juicio, un auténtico despropósito por más que con ello se quiera evitar nocivas consecuencias derivadas de una norma legal retroactiva. La titulización de los préstamos hipotecarios impedía este efecto por la propagación que podía tener a nivel internacional.

El nulo control a la actuación del acreedor contrasta con el que padece el deudor, pues ya se ocupa la norma de regular de manera pormenorizada las consecuencias que se derivan de la aplicación indebida por el deudor de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria (art. 7), abordando incluso la hipótesis en que el deudor busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas.

Más intenso, al menos aparentemente, es el abordaje legislativo del sobreendeudamiento hipotecario llevado a cabo en la Ley 1/2013 de 15 de mayo (que también modifica algunos aspectos del RD 6/2012) que tiende a paliar el problema cuando afecta a la vivienda habitual (concepto que no se define y sobre el que pivota toda la ley y de ahí la nueva redacción del art. 21.3 LH).

Abordar un tratamiento exhaustivo de las novedades introducidas en este texto⁶³ excede de las pretensiones del presente trabajo y solo me detendré en algunos aspectos concretos. En el capítulo primero se prevé la suspensión inmediata y por un plazo de

⁶² El reducido ámbito de aplicación del RDL 6/2012 de 9 de marzo, ROYO-VILLANOVA, S, *De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El RDL 6/2012 y su código de buenas prácticas*. El Notario del s. XXI, marzo-abril 2012, p. 45. También los post de MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A, y TENA ARREGUI, R, *Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (I y II). ¿A quiénes se aplican?*, www.hayderecho.com

⁶³ Cfr. ESCARTÍN IPIENS, JA, y MARTOS CALABRUS, M. A, (Coord), NÚÑEZ IGLESIAS, A, (Dir) “La protección del deudor hipotecario. Aproximación a al Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social”, Granada 2014. ACHÓN BRUÑEN, MJ, *Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Diario La Ley, nº 8087, 2013.

dos años los desahucios de las familias que se encuentren en una situación especial de especial riesgo de exclusión. Esta medida aplaza pero no resuelve el problema. En el Capítulo segundo se modifica la Ley Hipotecaria y la normativa del mercado hipotecario como la limitación de los intereses de demora (que hasta la fecha favorecía que subsistiera la deuda hipotecaria pendiente tras la ejecución tras su alta tasa y la lentitud del procedimiento de ejecución) a tres veces el interés legal sin que sea posible su capitalización salvo supuesto del art. 579.2 LEC, cambios en el procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca, así como una pretendida independencia de las sociedades de tasación, siendo a mi juicio destacable la novedad consistente en la obligada aceptación por el prestamista de una tasación entregada por el cliente. Más restricciones se introducen para la contratación de préstamos hipotecarios que sirvan de cobertura para emitir títulos en el mercado secundario con objeto de evitar la transferencia a terceros de préstamos de alto riesgo cuyo plazo de amortización no podrá superar los 30 años.

Pero curiosamente – y aquí empiezan los fallos de la Ley- se ha suprimido el párrafo tercero del art. 5 de la Ley de Mercado Hipotecario (en adelante, LMH)⁶⁴ que recogía lo que se denomina la “llamada al margen” (*margin call*): la institución financiera tiene la potestad de exigir ampliación de hipoteca si el valor del bien dado en garantía disminuye un 20% del valor de tasación inicial, pudiendo cancelarse el préstamo anticipadamente si el cliente no aportaba tal garantía adicional. Como con acierto se ha señalado, “se trata de una potestad del banco acreedor que al mismo tiempo es un deber profesional. Razones de solvencia de la entidad acreedora y del conjunto del sistema financiero aconsejan pedir ese complemento de garantía o, ante la falta de la aportación de nuevas garantías, optar por la cancelación del préstamo, con ejecución en su caso del inmueble. Esta llamada al margen también es una medida en protección del cliente que tiene derecho a recibir un aviso del banco sobre la pérdida de valor del inmueble. De haber cumplido con este deber profesional los clientes habrían conocido el deterioro de la garantía en el preciso momento en el que la dación en pago todavía cubría el importe del préstamo. Esta omisión del deber del banco de avisar de la pérdida del valor del inmueble por debajo del préstamo, con el consiguiente requerimiento de complemento de garantías, responde al interés del banco de no reflejar en su contabilidad esta circunstancia. De haber cumplido con la potestad (no se trata de una obligación) de llamar al margen, el valor real de los inmuebles hipotecados se habría visto reflejado en sus cuentas con el consiguiente impacto sobre su solvencia. En ese conflicto de interés los bancos acreedores optaron por la omisión de sus deberes profesionales, sacrificando el interés del cliente en conocer el valor real del inmueble hipotecado, en un momento en que todavía su valor alcanzaba al del préstamo concedido⁶⁵”.

Resulta curioso y muy llamativa la supresión de esta norma. No solo no se refuerza esta elemental potestad (que debería ser una obligación), sino que se

⁶⁴ El hoy derogado párrafo tercero del art. 5 LMH disponía “*Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo*”.

⁶⁵ ZUNZUNEGUI, F, “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, RDBB nº 129, enero-marzo 2013, p. 54.

suprime....

Pero éste no es el único “agujero negro” de esta ley aparentemente protectora de los deudores hipotecarios. En el Capítulo tercero se recogen cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil, legislación en la que se encontraba gran parte del problema del sobreendeudamiento hipotecario, tal y como ya he señalado. Aunque una de las importantes novedades que introduce la Ley 1/2013, fruto de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, fue la posibilidad de alegar en el proceso de ejecución el carácter abusivo de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario, la solución de este problema no ataca el origen de la crisis financiera que no se encuentra en el “abuso contractual” del consumidor. Cosa distinta es que al estar plagados los contratos de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas, este cambio legal haya –mediata e indirectamente- evitado o retardado las ejecuciones hipotecarias. Pero este resultado no puede interpretarse como un triunfo de la nueva regulación que, a mi juicio, no resuelve el problema de fondo y que provocó la crisis, como es la violación de normas recogidas en la LMH que establecen límites más rigurosos para los activos que se utilizan como garantía en mercado secundario y que afectaban a la tasación de los inmuebles. Inflado éste, solo formalmente se cumplía el límite del *loan to value* que estaba en el 80% y que ahora se ha bajado al 60% tras la reforma de la Ley 1/2013. Este problema no solo no se ha resuelto, sino que se ha agravado. Me explico.

En el ámbito hipotecario, a diferencia de lo que sucede en la ejecución ordinaria, el art. 682 LEC permite que la valoración del bien⁶⁶ se fije en la escritura de constitución de la hipoteca para que sirva de tipo en la subasta prescindiéndose del trámite de avalúo con la consiguiente agilización del procedimiento. Todo ello con el objeto de que se apliquen las normas especiales en materia de ejecución hipotecaria. Esta celeridad pretendida genera un riesgo adicional y es el cambio de valor de la finca en el momento de la ejecución. Si aumenta de valor, la finca se vendería en ejecución por un precio inferior al valor económico real. Si el valor disminuye (que es lo que ha sucedido) el mantenimiento de la tasación fijada en escritura (“precio burbuja”) puede condenar de antemano al fracaso la realización y que la subasta quede desierta y se desencadenen los efectos del art. 670.4 LEC, pudiendo el ejecutante “*pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura*”. Este porcentaje se ha aumentado respecto de la regulación anterior que era del 50%⁶⁷.

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que ninguna norma exige para la constitución de una hipoteca el que se haga una tasación del bien, salvo la normativa específica del Mercado Hipotecario que afecta a aquellos créditos hipotecarios que se utilicen como garantía de las emisiones de bonos, cédulas o participaciones hipotecarias. Es decir, tal tasación es exigible en los créditos hipotecarios que se utilizan por la entidad para su refinanciación (art. 7.1. LMH). Como acertadamente se ha señalado, la exigencia de tasación previa de fincas hipotecadas protege los intereses de los mercados de valores y no al acreedor y deudor hipotecario.

⁶⁷ Consciente el legislador de que en el límite mínimo establecido para la adjudicación del inmueble subastado al acreedor ejecutante en caso de subasta desierta estaba una de las causas más importantes de la existencia de deuda pendiente tras la ejecución del inmueble, el 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, elevó ese límite mínimo de adjudicación al 60% del valor de tasación. Se reformó para ello el artículo 671 de la LEC, por el que el límite mínimo

El que se aumente el límite mínimo establecido para la adjudicación del inmueble subastado al acreedor ejecutante en caso de subasta desierta aparentemente puede parecer una medida beneficiosa para el deudor y que podría reducir el riesgo de subsistencia de pasivo pendiente tras la ejecución. Al deudor le interesa que el tipo para la subasta sea lo más alto posible y que el límite de adjudicación al acreedor ejecutante también sea alto.

Por virtud de lo dispuesto en el art. 8.2 del RD 716/2009, de 24 de abril⁶⁸ que desarrolla la LMH, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución será necesariamente, como mínimo, la valoración que conste en el certificado de tasación. Coincidencia por tanto, de la tasación a efectos de subasta con la tenida a los efectos del Mercado Hipotecario. Esta norma era aplicable a todos aquellos créditos destinados a titulación y puesta en circulación en el mercado hipotecario como vía de financiación de las entidades de crédito. Para este tipo de préstamos, el tipo fijado para la subasta debía coincidir con el fijado en la tasación oficial que recogía el valor de mercado. De esta forma se evitaba (siempre en el marco de los créditos que iban a ser titulizados) que el tipo para la subasta fuera de fijación libre y muy inferior al valor de mercado del bien.

La Ley 1/ 2013 termina con esta coincidencia y ha introducido un cambio importante en la redacción del art. 682 LEC, disponiendo que “en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, *que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*”. Idéntica norma se reproduce en el art. 129 LH para la ejecución extrajudicial de la hipoteca.

Se ha dicho que con ello se quiere acabar con la práctica de algunas entidades financieras que equiparaban el tipo de subasta al principal de la deuda y que podía conducir a que el valor fijado resultase muy inferior al que realmente correspondía al bien hipotecado o pignorado⁶⁹. Esta práctica era ilegal pues contravenía lo dispuesto en el citado art. 8.2 del RD 716/2009 cuando se trataba de préstamos titulizables. Ciertamente en los no titulizables no existía límite, pero precisamente la reforma se refiere expresamente a los titulizables. Lo que pasa es que el legislador parecía ignorar la propia existencia de la norma reglamentaria, y ello se deduce de sus propias palabras en el preámbulo a la Ley 1/2013, que señala que “se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta”. Falso. Tal

afectaba a todo supuesto de realización forzosa de inmuebles, al margen de que se tratase de la vivienda habitual o no. Este “exceso de protección” se subsanó por virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que concretó el límite del 60% al caso en el que el inmueble subastado fuese la vivienda habitual del deudor. En todos los demás casos continuaría rigiendo el límite mínimo anterior a la reforma: 50% del valor del bien o la cantidad que se deba por todos los conceptos.

⁶⁸ “La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración”.

⁶⁹ PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, ME y MOYA FERNÁNDEZ, A, “Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 35-2013, p. 64.

límite existía, pero no se aplicaba. Donde no existía límite –insisto- era en los préstamos no “elegibles” para acceder al mercado hipotecario.

Con la excusa de evitar una práctica que ya era ilegal como es la de hacer coincidir el valor de tasación a efectos de subasta con la deuda pendiente en el momento de la ejecución, de manera que nada tenía que ver la tasación efectuada a la hora de conceder el préstamo con la utilizada para la subasta, se reforma el art. 682 LEC permitiendo el legislador una desviación entre la tasación inicial y la tenida en cuenta para la subasta perjudicando más al deudor hipotecario⁷⁰.

El nuevo precepto permite que haya una tasación como tipo de subasta un 25% inferior a la tasación prevista para la concesión del préstamo. De esta manera, si, por ejemplo, se tasa el inmueble a los efectos de la concesión del préstamo en 200.000 euros (teniendo en cuenta los criterios de la LMH), el tipo para la subasta puede ser de 150.000 euros. Si la subasta queda desierta y aplicamos el art. 670.4 LEC, el prestamista se puede adjudicar el inmueble al 70% del tipo de la subasta (150.000 euros, (70%, si es vivienda habitual) o por 90.000 euros, (si se le debe menos, 60%) o 75.000 euros (50% si no es vivienda habitual). Como tales porcentajes se aplican sobre el 75% del valor de mercado, por el juego del art. 670.4 LEC, en realidad el prestamista puede adjudicarse el inmueble por un 37,25% del valor de mercado, como regla general o de un 52,50% de ese valor de mercado si se trata de vivienda habitual⁷¹.

Por lo tanto, el aumento del porcentaje de adjudicación al acreedor del 70% que aparentemente beneficiaba al deudor, no es real y la nueva regulación favorece y estimula este efecto pues tal porcentaje se aplica sobre el valor fijado para la subasta y no sobre el valor de mercado. Al deudor hipotecario le interesa que el valor de tasación a efectos de subasta sea alto. La Ley de Protección de deudores hipotecarios permite que el tipo pactado para la subasta sea inferior al de mercado por lo que la ley permite que el acreedor en caso de subasta desierta se adjudique el bien por un valor todavía más alejado del valor de mercado⁷². Como acertadamente se ha señalado, esta norma compensa a los bancos permitiéndoles apropiarse gratis del 25% del valor de mercado

⁷⁰ En este sentido, SENÉS MOTILLA, “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, “La protección del deudor hipotecario” coordinado por Escartín Ipiens, JA y Martos Calabrús, MA, dirigido por Núñez Iglesias, A, Granada 2014, p. 161. También ESTEBAN-HANZA, E, “Interpretación correctora de determinados artículos de la Ley de Protección de deudores hipotecarios” <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm#1tas> denuncia esta disfunción proponiendo una interpretación correctora de la norma entendiéndola referida a los préstamos o créditos que no vayan a ser objeto de titulización en el mercado hipotecario. A su juicio: “Se trataría de interpretar, con base en el criterio teleológico, que no juegan aquí los principios de *lex posterior* ni de rango jerárquico entre la ley 1/2013 y el RD 716/2009, pues se refieren a supuestos de hecho distintos, de modo que los préstamos titulizables ya estaban regulados en esta materia por el mencionado RD -que fijaba un mínimo del 100%- y la ley sólo se refiere ahora a aquellos préstamos que, como dice su Exposición de Motivos carecían de toda regulación al respecto, es decir, los no titulizables -fijándoles un mínimo del 75%”. Loable intento que contradice la expresa mención del art 682 LEC y 129 LH (referido al procedimiento de ejecución extrajudicial) a la tasación conforme a la LMH, alusión que solo puede ser interpretada como referida a los préstamos que pueden titulizarse.

⁷¹ GONZALEZ MENESES, M, “La tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013 de 14 de mayo”, en “La protección del deudor hipotecario” coordinado por Escartín Ipiens, JA y Martos Calabrús, MA, dirigido por Núñez Iglesias, A, Granada 2014, p. 177.

del bien⁷³.

En este contexto, no es de extrañar que ejecutado el inmueble, el deudor no solo pierda la vivienda, sino que además le quede pasivo pendiente por satisfacer. Esto no lo resuelve una dación en pago forzosa que desnaturaliza la esencia del derecho real de hipoteca, sino la corrección de las normas que permiten que esto se pueda producir, particularmente las normas que vinculan en la ejecución un tipo pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, las que permiten que exista un valor de tasación a efectos de subasta distinto del de mercado tenido en cuenta para la concesión del préstamo y las que legitiman que el acreedor se adjudique el bien por un valor distinto al de mercado en el momento de la ejecución.

Entiendo que lo más coherente con el principio de responsabilidad patrimonial universal es que se proceda a un avalúo del inmueble hipotecado en el momento de la ejecución (tal y como sucede en la ejecución ordinaria, art. 637 LEC) y caso de que la subasta quede desierta (lo que será menos probable si el inmueble sale a subasta a precio de mercado y no a precio “burbuja”), el acreedor debe adjudicarse el bien al 100% del valor de mercado, es decir, *por lo que realmente vale*. De esta forma se evitarían perversiones en las tasaciones en el momento de la concesión del préstamo y, en muchos casos que se adjudique el bien por valor notablemente inferior al de mercado, quedando pasivo pendiente precisamente por esa “magia procesal”. La celeridad del procedimiento hipotecario pretendida con la vinculación del tipo de subasta fijado en la escritura constituye uno de los factores que provoca que subsista deuda pendiente tras la ejecución, efecto perverso que debe necesariamente evitarse.

Por otro lado, el art. 579.2 LEC permite una exoneración de la deuda hipotecaria pendiente tras la ejecución en cuantía diferente y tiempos distintos: el 35% si el deudor logra satisfacer el 65% de la deuda en 5 años; el 20% si el deudor abona el 80% de la deuda en 10 años. Si en tal periodo se produce una ejecución dineraria que exceda del 65% o del 80%, habrá que devolver el exceso al deudor. Este efecto se produce sin necesidad de que concurren requisitos adicionales: no se exige incapacidad económica ni buena fe del deudor.

Por lo tanto, si tras la ejecución hipotecaria el deudor llega a mejor fortuna (por ejemplo, se defiere una herencia a su favor), podrá pagar el 65% de la deuda en 5 años (o el 80% en 10 años) y beneficiarse de la exoneración, a pesar de su aumento de capacidad económica. La norma, a mi juicio, no puede estar peor construida, plantea importantes problemas procesales y, sobre todo, es injusta puesto que lo que es claro es que el deudor sin recursos que no puede satisfacer tales porcentajes de deuda, no puede acceder a la exoneración y tendrá que satisfacer toda la deuda pendiente y, en cambio, pueden beneficiarse de ella deudores que no lo merecen. Se insiste, al igual que acontece en el art. 178 LC en que el deudor solo se beneficie de una exoneración si satisface un umbral de pasivo mínimo extraordinariamente alto, que hace ineficaz la medida para los que más lo necesitan.

A mi juicio, cuando con las medidas propuestas subsista deuda pendiente, hay que valorar la conducta del acreedor en la operación crediticia. Probado que no evaluó

⁷³ GONZÁLEZ-MENESES, M, *op.cit.*, p- 177. En el mismo sentido, ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E, *Interpretación correctora de determinados artículos de la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios*, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm#1tas>

adecuadamente el riesgo o que la tasación realizada en el momento de la constitución de la hipoteca no fue correcta, el acreedor tiene que pagar un “peaje” por su comportamiento irregular. No parece razonable que en el procedimiento concursal ni siquiera se paralice la ejecución de la hipoteca⁷⁴ que grava la vivienda habitual del deudor por no ser un bien necesario para la actividad profesional del deudor (art. 56 LC). La ejecución debe ser necesariamente suspendida con objeto de que el Juez pueda valorar la conducta del acreedor, y caso de que se estime la irresponsabilidad en la concesión del préstamo, la subordinación de su crédito en el procedimiento concursal es una medida recomendable, abandonándose el automatismo actualmente existente en la subordinación de los créditos en el concurso (art. 92 LC).

Por lo dicho, cabe concluir que el sobreendeudamiento hipotecario requiere de una regulación más eficaz ya que la normativa aprobada ha tenido por el momento poco éxito⁷⁵ y no ataca de manera *real* el origen del problema y de ahí que sean necesarias ulteriores reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁶ ya se ha pronunciado sobre algunas disposiciones de la nueva regulación que mantienen un desequilibrio injustificado a favor de las entidades financieras en una ley que formalmente tiende a la protección de los deudores hipotecarios.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante DCH) aporta novedades a las que posteriormente me referiré en el ámbito del préstamo responsable y en la fase precontractual, no conteniendo apenas previsiones en el terreno de la ejecución del derecho real de hipoteca, por lo que su transposición no conllevará cambios en este aspecto, algo que como he dicho debe ser abordado por iniciativa del legislador español. La vaguedad⁷⁷ de los términos empleados en la DCH invitan más a la recomendación que a la ordenación de un régimen concreto

⁷⁴ Así lo ha puesto de relieve el Consejo Económico y Social europeo “Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo la protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” de 29 de abril de 2014 <http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=ces/int/int726/es/eesc-2014-00791-00-00-ac-tra-es.doc> señalando que una protección adecuada del consumidor sobreendeudado exige la suspensión de los procesos judiciales una vez iniciado el proceso destinado a poner fin al sobreendeudamiento y la conservación de la vivienda principal.

⁷⁵ http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2014/CBP_Informe.pdf

⁷⁶ Así ha sucedido en la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14, Sánchez Morcillo/Abril García vs BBVA) que resuelve una cuestión prejudicial planteada sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y violación del Derecho Comunitario (Directiva 93/13). Se cuestiona la norma contenida en el art. 695.4 de la LEC que permite al acreedor ejecutante el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución. A juicio del TJUE ello es contrario al principio de igualdad puesto que debe ofrecerse a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria. Ejemplo claro de que la normativa aprobada está muy lejos de brindar una efectiva protección al consumidor, generándose siempre un desequilibrio a favor del acreedor.

⁷⁷ Basta leer el Considerando 27 de la DCH para confirmar lo dicho: “*En aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, los Estados miembros deben garantizar la protección de las condiciones mínimas de subsistencia y establecer medidas para facilitar el reembolso evitando al mismo tiempo el endeudamiento a largo plazo. Al menos en aquellos casos en que el precio*

IV. Evaluación de la solvencia e información crediticia. La legislación en materia de protección de datos personales.

1. La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor.

“La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero”. Esta afirmación se contiene en el Considerando nº 3 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante DCH) y no puede ser más cierta.

“El comportamiento irresponsable de ciertos operadores del mercado contribuyó a crear una burbuja inmobiliaria y fue uno de los elementos determinantes de la crisis financiera. Es obvio, por tanto, que es necesario combatir la concesión y contratación de préstamos irresponsable, a fin de evitar que se repitan las condiciones que desembocaron en la actual crisis financiera”. Así se expresaba la Propuesta de Directiva de crédito hipotecario de 31 de marzo de 2011. La DCH pretende «favorecer la estabilidad financiera garantizando para ello un funcionamiento responsable de los mercados de crédito hipotecario». Los efectos de una actividad de préstamo irresponsablemente desarrollada en un país pueden propagarse rápidamente más allá de las fronteras nacionales, en parte por el carácter multinacional de ciertos grupos bancarios, y también por la naturaleza internacional del riesgo titulizado».

Si hay un extremo clave para abordar eficazmente la prevención del sobreendeudamiento privado es precisamente es el diseño de un régimen jurídico adecuado de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor. Hablar de *préstamo responsable* resulta esencial como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento privado⁷⁸ y garantía de la estabilidad del sistema financiero. Como

obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, los Estados miembros deben alentar a los prestamistas a tomar medidas razonables para obtener el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria en el contexto de las condiciones del mercado. Los Estados miembros no deben impedir que las partes en un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito”. Que los Estados miembros no puedan prohibir que las partes acuerden una dación en pago, resulta cuando menos, llamativo.

⁷⁸ A ello hay que añadir, como ha señalado DE LA CUESTA RUTE, “Persona física y consumidor... cit.”, p. 116, “la necesidad de no excepcionar a las entidades crediticias de la obligación estricta de custodia propia del depósito respecto del dinero que se les confía en depósito a la vista. La supresión del privilegio conferido a esas entidades de crear dinero, conectado al sistema de reserva fraccionaria por los depósitos de dinero a la vista, unida a la eliminación por innecesario entonces del intervencionismo practicado mediante la política monetaria y de crédito serían suficientes, pero desde luego necesarias, para impedir que se produjeran los ciclos de expansión del crédito en términos que conducen sin remedio a las crisis financieras como la actual”. Efectivamente, el privilegio de reserva fraccionaria, fuertemente cuestionado por algunos, tiene mucho que ver con la crisis financiera actual en cuanto facilita el denominado “descalce de plazos” (*maturity mismatches*): la entidad se endeuda a corto pero invierte a largo plazo (hipotecas a 30 años), estrategia que puede favorecer una crisis de liquidez que termine siéndolo de solvencia⁷⁸, tal y como estamos comprobando en la actualidad. No es la existencia del privilegio de reserva fraccionaria la causante de la crisis, sino una cadena de fallos asociados al funcionamiento del sistema financiero construido sobre la base de dicho privilegio. Errores en la gestión

acertadamente se ha afirmado, no hay mejor medida para evitar el sobreendeudamiento que no conceder crédito a aquellos particulares que presumiblemente se van a encontrar en dificultades para cumplir sus obligaciones⁷⁹.

El préstamo –o crédito- responsable puede referirse en un sentido amplio a toda la normativa de protección del cliente bancario, obligaciones de transparencia de la entidad financiera que se traduce en deberes de información precontractual (acepción mantenida en el art. 29 de la Ley de Economía sostenible), la adecuación de los contratos planteados con los intereses, necesidades y situación financiera del cliente concreto (test de idoneidad, *suitability assessment*) o bien, de forma más restringida, a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor (test de solvencia *creditworthiness assessment*) de manera que conceda el préstamo a quien es capaz de devolverlo según lo pactado⁸⁰. Se trata de una *obligación precontractual*, en la que el prestamista emplea una diligencia profesional (*bonus argentarius*) y que, obviamente, no debe entenderse incumplida en todo supuesto de insolvencia del deudor. No puede exigírsele al prestamista la certeza de la solvencia del deudor, sino que ha de emplear toda la diligencia debida para asegurarse de que el cliente tiene capacidad de pago con la información que tiene a su alcance. En este sentido, cabe considerarla una obligación de medios. El prestamista incumple su obligación no cuando el prestatario deja de pagar los plazos, sino cuando no se informa adecuadamente de la situación financiera del candidato al crédito⁸¹. Éste parece el sentido del art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del cliente de servicios bancarios⁸². Yo me voy a centrar en esta última acepción de la noción de préstamo responsable, de forma que préstamo irresponsable sería aquél concedido por el prestamista sin hacer un adecuado estudio de la solvencia del deudor, concedido sin atender a las circunstancias e intereses personales del prestatario⁸³. Distinto pues del “préstamo abusivo” que se centra en las condiciones pactadas, en el contenido del contrato celebrado con el cliente bancario.

de riesgos y en la valoración de los mismos por parte de las agencias de calificación crediticia, falta de transparencia en algunos segmentos de mercado, políticas de remuneración inadecuadas y fallos en la supervisión y en la regulación financiera. Cfr. Informe del Centro del Sector Financiero de PwC e IE Business School, Basilea III y los retos de la banca, [http://kc3.pwc.es/local/es/kc3/publicaciones.nsf/V1/72DF4EF03CDBCED7C12577C80029CB08/\\$FILE/Informe%20Basilea%20III%20y%20los%20retos%20de%20la%20banca_final.pdf](http://kc3.pwc.es/local/es/kc3/publicaciones.nsf/V1/72DF4EF03CDBCED7C12577C80029CB08/$FILE/Informe%20Basilea%20III%20y%20los%20retos%20de%20la%20banca_final.pdf)

⁷⁹ MARÍN LÓPEZ, JJ, *El crédito al consumidor*, p. 112. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/4-Mar%C3%ADn.pdf>

⁸⁰ Ambas acepciones están recogidas claramente en *Working paper on responsible mortgage lending & borrowing* Comisión Europea, 22/07/2010 <http://www.fininc.eu/gallery/documents/efin-news/work-paper-resp-lending-2010-07-22.pdf> pg. 8

⁸¹ MARÍN LÓPEZ, JJ, *El crédito al consumidor*, p. 112. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/4-Mar%C3%ADn.pdf>

⁸² Desarrollado en el art. 12 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 crédito

⁸³ DÍAZ, E, *Crédito bancario responsable*, Actualidad Jurídica Uría, nº Extra 2011, p. 224. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357>

Dado que es de esencia al negocio bancario⁸⁴ que el prestamista haga una adecuada evaluación de la capacidad de pago del potencial deudor, no debería ser necesaria una intervención del legislador en este terreno, en tanto que las pérdidas de una inadecuada elección son soportadas por el propio prestamista. Es éste el primer interesado en que el deudor sea solvente y no parece razonable que tenga interés en conceder un préstamo a una persona que no va a poder amortizarlo.

Sin embargo, la experiencia vivida con la actual crisis financiera, en la que se ha producido una sistemática ruptura de elementales reglas, generalizándose como práctica habitual el préstamo de alto riesgo, ha obligado a dicha intervención legislativa, sobre todo cuando se ha transmitido el riesgo crediticio a terceros a través de bonos y cédulas hipotecarias, produciéndose como efecto el que las consecuencias de la imprudencia de una entidad financiera, han terminado siendo soportadas por el resto. A ello hay que sumar la inacción de los organismos supervisores que no exigían el cumplimiento de especiales requisitos de evaluación de la solvencia para la concesión de créditos. Esta *relajación* en la correcta evaluación del riesgo crediticio se ha hecho patente en los préstamos con garantía hipotecaria, pues no se ha valorado suficientemente la capacidad de reembolso del deudor, sino tan solo el valor del bien dado en garantía, objeto en muchas ocasiones de tasación irregular.

Como ya he señalado, creo que a estas alturas no procede poner en el mismo plano la actuación del prestamista con la del eventual prestatario o consumidor al que frecuentemente se le considera culpable de la crisis financiera por “solicitar créditos que no puede pagar”⁸⁵. La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaria es del profesional. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión imprudente de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades⁸⁶.

En el ámbito de los contratos de préstamo con consumidores la evaluación de la solvencia implica valorar la capacidad del potencial cliente de restituir el préstamo, al margen del destino que se le dé al mismo, a diferencia de lo que acontece con el crédito a empresarios respecto de los cuales se tienen en cuenta otras variables como la viabilidad del negocio que el mismo quiere emprender, su capacidad para llevarlo a cabo etc... Por lo tanto, el fundamento y el contenido de la obligación de evaluar la solvencia del deudor tiene diverso alcance cuando el deudor es un consumidor que cuando se trata de un empresario⁸⁷, circunstancia que nuestra normativa interna no

⁸⁴ Como señala BALBUENA, M, “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el mercado crediticio”, Capítulo I, 2 “ hoy en día el negocio bancario supone la asunción de riesgos con el objeto de obtener una rentabilidad (...). Hoy se entiende el riesgo como 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”. Este equilibrio pasa por un control adecuado por parte del supervisor de forma que no sea la rentabilidad el único criterio inspirador de la actuación de la entidad financiera.

⁸⁵ Para otro punto de vista, GALLEGU, E, “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, Capítulo I. 4.

⁸⁶ Como ya dijera POTTOW, J “Private liability for reckless Consumer lending”, University of Illinois Law Review, 2007, n.1: “Your credit card company knows how much you should borrow better than you do”.

⁸⁷ Recalca este aspecto SIMIONATO, A, “La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48”, Rivista di Diritto Bancario, junio 2010, p. 2, quien considera que tratándose de un consumidor, la evaluación de la solvencia se proyecta al pasado y no, como sucede con el empresario, a la viabilidad futura de la actividad para la que se solicita el préstamo.

discrimina (afecta a personas físicas)⁸⁸ pues el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante OTSB) y el art. 29.1 Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (en adelante LES), aluden a esta obligación con carácter general utilizando conceptos jurídicos indeterminados. Lo mismo acontece con la norma duodécima⁸⁹ 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 crédito (en adelante CBE). Por el contrario, la normativa europea (Directiva de Crédito al Consumo⁹⁰ (DCC) y Directiva de Crédito hipotecario⁹¹ (DCH) regula esta obligación en el marco de los contratos con consumidores entendidos como persona física que actúa al margen de su actividad empresarial o profesional.

A pesar de su trascendencia, *la referencia a la noción de préstamo responsable en dichas normas es extraordinariamente vaga*, plagada de conceptos indeterminados. Deberán evaluar la solvencia con base en información “suficiente” obtenida por medios

⁸⁸ Trata este aspecto GALLEGO,E, “La obligación de evaluar la solvencia, cit., “ Capítulo I.4.

⁸⁹ *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.

⁹⁰ Directiva 2008/48 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de crédito al consumo de 23 de abril de 2008

⁹¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante DCH)

“adecuados”, destacando la proporcionada por el prestatario, lo que supone dejar en manos de éste la efectividad de la obligación que incumbe al prestamista. La misma indefinición está presente en la norma duodécima de la Circular 5/2012, que desarrolla el art. 18 de la Orden, estableciendo que *“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”*⁹².

También la Directiva 2008/48 CE del Parlamento Europeo de crédito al consumo de 23 de abril de 2008⁹³ (DCC) y la DCH utilizan términos extraordinariamente vagos a la hora de afrontar el tratamiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor⁹⁴, defecto que se traslada a la normativa interna que traspone la DCC⁹⁵, a pesar de que en los informes previos a la aprobación de la Ley de Crédito al Consumo (LCC) ya se solicitaba una mayor concreción⁹⁶.

⁹² El art. 18. 2 de la Orden EHA/2899/2011 especifica los aspectos que deben valorarse a la hora de evaluar el riesgo: “La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente y 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 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. 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”.

⁹³ Artículo 8.1. DCC *“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, 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”*.

⁹⁴ POTTOW, J, *Ability to pay*, p. 12 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1844570

⁹⁵ Artículo 14.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo: *“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”.

⁹⁶ En este sentido, el Informe emitido por el Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo de 24 de marzo de 2010 (<http://www.ces.es/documents/10180/18507/Dic022010>) pg. 11, se decía “el CES considera que en dicho apartado se sustenta la evaluación de solvencia del consumidor sobre la base de conceptos no definidos ni concretados, tales como “información suficiente obtenida por los medios que considere necesarios”. Por ello, sería aconsejable definir qué se considera “información suficiente”, cuáles son los medios necesarios para la búsqueda de información y cuáles son las “correspondientes bases de datos” que, como expone literalmente la redacción del párrafo primero del apartado 1, se pueden utilizar por el prestamista para la búsqueda de información”. Se hizo caso omiso a

Hasta la aprobación de la Ley de Economía Sostenible en 2011, la regulación hasta ahora existente en materia de evaluación de la solvencia afectaba a las normas internas de la gestión de riesgos pudiendo implicar el incumplimiento de tal regulación medidas disciplinarias por parte del órgano de supervisión bancaria y que se contemplan ahora en la recientemente aprobada Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito que incorpora la normativa internacional⁹⁷ al respecto dictada con el objetivo de mejorar la calidad de la regulación prudencial de las entidades de crédito. Se trata de normativa interna que tiende a proteger a la propia entidad.

En el art. 5 de la Ley 10/2014 se contiene una referencia a la protección del cliente de entidades de crédito (no solo consumidor) que no es más que un mandato al Ministro de Economía y Competitividad para que dicte disposiciones relativas a la información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios, Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica.

Concretamente, en el art. 5.2 de la Ley 10/2014 remite a una *futura regulación* que será considerada normativa de ordenación y disciplina y supervisión de las entidades de crédito y que afecta a la comercialización de préstamos o créditos. Según dicho precepto tal normativa debe favorecer: a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo. B) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración. C) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia. D) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante. E) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente. F) El respeto de las normas de protección de datos.

Como se puede apreciar de la mera lectura, se trata de un precepto programático que remite a una regulación ulterior, enfocada nominalmente a la protección del cliente bancario, aunque realmente parece ir dirigida a la tutela de la propia entidad, manteniéndose la libertad contractual y nulo impacto en la relación contractual con el consumidor. Tal regulación se entiende como normativa de supervisión y es previsible que su incumplimiento, una vez aprobada, desencadene efectos en este terreno y no en el ámbito del contrato con el consumidor. Por otro lado, el apartado f) de la disposición derogatoria de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, ha derogado el art. 29.2 LES, que establecía semejante referencia al mantenimiento de la libertad contractual y nula referencia a sanciones por incumplimiento de este deber de evaluar la solvencia.

la recomendación del CES, ya que la remisión que se introdujo en el art. 18 LCC al art. 29 Ley Protección de datos personales, tampoco añadía gran cosa por cuanto esta última norma no concreta las bases de datos a las que puede recurrir el prestamista para obtener información y se limita a decir “*quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial (...)*”.

⁹⁷ Reglamento (UE) n° 575/2013 del PE y CE de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión y la Directiva 2013/36/UE del PE

Por lo tanto, desde el punto de vista interno sí estaba regulado el préstamo responsable y sus sanciones⁹⁸. La novedad que pretende introducir la normativa europea es que el incumplimiento de tal obligación *tenga efectos en la relación contractual de la entidad con el consumidor*. La cuestión es determinar cuáles son esos efectos que la regulación europea no concreta. Y este aspecto es clave, a mi juicio⁹⁹.

Cabe preguntarse qué sentido tiene establecer la obligación de evaluar la solvencia del prestatario si, siendo la evaluación negativa y teniendo conocimiento de que el deudor no puede devolver el préstamo, no se deriva ninguna consecuencia para el prestamista en caso de insolvencia del deudor. ¿evitaríamos una futura crisis financiera con este planteamiento? De hecho, la Orden de Transparencia de Servicios Bancarios no prohíbe en absoluto la concesión del préstamo en caso de test de solvencia negativo, en tanto en su art. 18.6 dispone que *“la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes”*. Ni la DCC ni la Ley 16/2011 de 24 de junio de Crédito al Consumo (LCC), establecía sanción alguna para el supuesto de contratación ante un test negativo de solvencia y no creo que en el marco de tal legislación quepa por parte del consumidor el ejercicio acción alguna de responsabilidad por haber contratado a sabiendas de que el consumidor no era solvente, pues en puridad la obligación de evaluar la solvencia se cumplió¹⁰⁰. Cosa distinta es lo que sucede en el ámbito hipotecario tras la normativa recientemente aprobada.

Como ha señalado el Consejo Económico y Social Europeo en su informe a la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para inmuebles de uso residencial: *“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”*¹⁰¹. Efectivamente, de procederse a la concesión de un préstamo tras una evaluación negativa de solvencia, las consecuencias de la imposibilidad de pago, no deben ser las mismas que ante un incumplimiento fruto de una evaluación positiva de solvencia. El prestamista no sólo padecerá los efectos del

⁹⁸ Vid Anejo IX de la Circular 2/2004 de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, al que se remite la Circular 5/2012 respecto a los requerimientos adicionales en los criterios de concesión a tener en consideración para la evaluación de la capacidad de pago de los particulares, analizados por BALBUENA, M, “Análisis del riesgo financiero...”, cit.,”, vid infra Capítulo I.2.

⁹⁹ Sobre este particular, GALLEGO, E, “La obligación de evaluar la solvencia del deudor, cit.”, Capítulo I.4.

¹⁰⁰ Discrepo en este punto de ALVAREZ LATA, N, “Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, dirigidos por Marín López, j, Cizur Menor 2013, p. 611.

¹⁰¹ 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 <http://www.gerontomigracion.uma.es/sites/default/files/usuarios/Dictamen%20CESE%20%28PD%20contratos%20de%20crédito%20bienes%20inmuebles%29.pdf>

impago, sino que deben producirse efectos adicionales que tengan impacto en la esfera contractual del consumidor, tal y como acontece en otros ordenamientos donde el préstamo responsable es una realidad.

Caben dos opciones posibles de tratamiento¹⁰². O bien se establece un control público y en su caso sanciones administrativas para el prestamista o bien tal incumplimiento tiene impacto en la relación con el consumidor respondiendo civilmente el prestamista por los daños causados bien con la pérdida de intereses moratorios y remuneratorios¹⁰³ o solo remuneratorios¹⁰⁴ (Francia) o incluso la pérdida por parte del prestamista del capital¹⁰⁵.

Con base en la regulación contenida en el Derecho español, esos costes los está sufriendo el prestatario (viéndose obligado a cumplir y además a contribuir con sus impuestos al rescate del prestamista irresponsable) y esto necesariamente debe cambiar. Ninguna de las normas citadas que establecen la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor, disponen de ningún mecanismo que pueda utilizar el consumidor con objeto de obtener una compensación o alegar algún vicio contractual para el supuesto de que tal evaluación sea incorrecta, lo que hace pensar que tal obligación se ha impuesto más para proteger la propia solvencia de la entidad acreedora que para proteger los intereses del consumidor¹⁰⁶, lo cual poco ayuda a prevenir el

¹⁰² ATAMER YM, *Duty of responsible lending: should the European Union take action?* cit., p. 202. Analiza este autor el panorama internacional en materia de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia comparando los distintos sistemas y concluyendo que la pérdida del derecho a los intereses parece la opción más recomendable para disuadir de prácticas de crédito irresponsable.

¹⁰³ Es el caso de la Ley belga de Crédito al consumo de 12 de junio de 1991, modificada por ley de 21 de junio de 2010 para adaptarla a la directiva comunitaria. En su art. 15 se contempla la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor y las consecuencias de su incumplimiento están previstas en el art. 92: el juez puede decretar que el consumidor no abone todo o parte de los intereses de demora y reducir sus obligaciones solo al pago al contado del bien adquirido con la financiación.

¹⁰⁴ Es la solución adoptada en Francia (art. 311-48 del Código de Consumo), aunque recientemente cuestionada TJUE en sentencia de 28 de marzo de 2014 (Asunto: C565/12) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=280983> por la falta de efecto disuasorio de la sanción por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, ya que aunque el prestamista pierde el derecho a los intereses remuneratorios, puede reclamar los moratorios que según el art. 1153 del Código Civil es el interés legal incrementado en 5 puntos, pudiendo superar a los remuneratorios.

¹⁰⁵ Es el sistema adoptado en Suiza en el art. 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001 que establece que el prestamista debe medir la capacidad del consumidor para contratar un crédito y se establece un umbral de endeudamiento que el prestamista no puede vulnerar: solo debe tener en cuenta el salario del consumidor y no su patrimonio. De sus rentas de trabajo hay que deducir el salario inembargable, la renta que pague por el arrendamiento de su vivienda, la carga tributaria correspondiente a sus ingresos y el pasivo que ya tenga asumido. Realizados los cálculos con base en esos criterios, podrá concederse crédito de manera que la mensualidad que tenga que abonar no supere la diferencia entre la renta mensual y sus gastos. La capacidad para contratar se valora sobre la base de un plazo de amortización del crédito de 36 meses. Cuando la entidad incumple esta obligación de evaluar la solvencia con base en tales criterios, pierde el importe del crédito que ha hecho, incluyendo intereses y comisiones. El consumidor puede solicitar la devolución de todas las cantidades ya pagadas en virtud de las reglas del enriquecimiento sin causa. Vid. más extensamente CUENA CASAS, M, “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales” http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf Vid. la opinión que le merece este sistema a GALLEGO, E, *La obligación de evaluar la solvencia...*, Capítulo I. 4.

¹⁰⁶ DÍAZ, E, *Crédito bancario responsable*, Actualidad Jurídica Uría, nº Extra 2011, p.228 <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357>: “Se trata, sin

sobreendeudamiento privado que ha originado la crisis financiera actual.

Es más, ninguna norma pone ningún obstáculo a que, ante un informe negativo acerca de la solvencia del deudor, la entidad no obstante, conceda el préstamo. El art. 18.5 de la Orden 2899/2011 señala que *“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”*. Si lo deniega (que debería ser lo normal), deberá informar al cliente, pero no se establecen consecuencias para la entidad derivadas de tal actuación, cuando el deudor deviene insolvente por tal préstamo irresponsable. No se trata de que responda la entidad cuando contrata con test negativo, sino solo cuando tal concesión ha favorecido la insolvencia del deudor, lo cual es bien distinto.

El régimen sancionador que establece la LCC para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia se contempla en el art. 34, siendo distintas las consecuencias en función de que el prestamista sea o no entidad de crédito. El párrafo segundo del art. 34.1 LCC dispone que *“el incumplimiento de las disposiciones relativas a la información previa al contrato, según establece el artículo 10, y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor prevista en el artículo 14, siempre que no tengan carácter ocasional o aislado, se considerarán como infracciones graves, pudiendo ser en su caso consideradas como infracciones muy graves atendiendo a los criterios previstos en el artículo 50 del citado Texto Refundido (de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), que suponen multas impuestas por la Administración pública¹⁰⁷. Por su parte, el art. 34.2 LCC dispone *“en el caso de entidades de crédito, se considerarán normas de ordenación y disciplina las disposiciones contenidas en el capítulo I exceptuado el artículo 5, en el capítulo II, en el capítulo III exceptuado el apartado 1 del artículo 15, en el capítulo V, en el capítulo VI exceptuado el apartado 2 del artículo 33, en los artículos 16 a 20 y en el artículo 35 de la presente Ley. Su incumplimiento, siempre que no tenga carácter ocasional o aislado, será sancionado como infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito¹⁰⁸”*.*

El art. 98 de la Ley 10/2014, de 26 Junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito establece como sanción por infracción grave multas

embargo, de una evaluación más dirigida a proteger la propia solvencia de la entidad acreedora que de proteger los intereses del consumidor, igual que puede concluirse de lo que al respecto establece la LES, de tal manera que no parece que, si la evaluación fuera incorrecta, pueda el prestatario alegarla a efectos de solicitar compensación alguna, o alegar vicio en la celebración del contrato, en línea con lo que prevé de forma expresa la Orden EHA/2899/2011”.

¹⁰⁷ Art. 51 TRLDCU: *1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios previstas en esta norma serán sancionadas por las Administraciones públicas competentes con multas de acuerdo con la siguiente graduación: a) Infracciones leves, hasta 3.005,06 euros. b) Infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción. c) Infracciones muy graves, entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.*

¹⁰⁸ La Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ha sido derogada por la Ley 10/2014, de 26 Junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

administrativas¹⁰⁹ y amonestación pública con publicación en el BOE¹¹⁰.

En suma, no está tipificada la responsabilidad por concesión irresponsable de crédito en nuestro derecho¹¹¹ y el alcance de la obligación de conceder préstamo responsable no tiene efectos relevantes en el ámbito de la protección del consumidor, tal y como se evidencia del art. 34.LCC. Ni siquiera el acreedor irresponsable padece ninguna consecuencia en el concurso de acreedores del deudor, como podría ser la subordinación del crédito, por ejemplo, o incluso una exoneración del deudor¹¹². De poco valen sanciones administrativas que pretenden disuadir de una mala praxis, en las que el consumidor no obtiene ningún tipo de consecuencia en orden al cumplimiento del contrato, sanciones que en el ámbito del crédito al consumo están previstas para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia *siempre que no tengan carácter ocasional o aislado. La ley parece permitir a los prestamistas cumplir aisladamente, y de vez en cuando sus obligaciones. Solo cuando su comportamiento sea reincidente está penalizado. Curioso sistema...*

La normativa europea sobre evaluación de la solvencia contenida en la DCC y en la DCH deja en la más absoluta indefinición las consecuencias del incumplimiento de tal obligación, siendo competencia de los Estados miembros su determinación (art. 23 DCC¹¹³ y art. 38 DCH¹¹⁴), lo cual puede convertir en papel mojado la uniformidad

¹⁰⁹ a) De entre el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o

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

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

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

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

¹¹⁰ Se muestra partidaria de este sistema GALLEGO, E, “La obligación de evaluar la solvencia...cit.”, Capítulo I.4, por considerar que el beneficiario de la sanción administrativa es el Estado “y, por ende, la ciudadanía en su conjunto”.

¹¹¹ PULGAR EZQUERRA, J, *El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores*, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, coordinado por Cuenca Casas, M y Colino Mediavilla, Cizur Menor 2009, p. 84. Cfr. de la misma autora, *La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en el Derecho español*, en Tendencias actuales en torno al mercado de crédito, VIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino, Marcial Pons, 2010, p. 111 y ss.

¹¹² En este sentido, FALCONE, G, *Il prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, cit., p. 334, considera que el procedimiento de insolvencia del consumidor debe ser valorado la posición de los acreedores en el momento de la concesión del crédito.

¹¹³ “Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

¹¹⁴ “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”.

pretendida, pues la consecución del objetivo “préstamo responsable” y la prevención del carácter sistémico que para el sistema financiero internacional pueden tener irregularidades en la concesión de préstamos a consumidores, no se logra si cada Estado miembro sanciona con distinta eficacia el incumplimiento. Por el contrario, en el art. 31 de la Propuesta de Directiva de Crédito al Consumo sí se establecía una sanción para el caso de incumplimiento: el prestamista perdía su derecho a los intereses del préstamo cuando incumplía su obligación de evaluar la solvencia¹¹⁵. Esta expresa mención, clave para la regulación, al régimen sancionador desapareció del texto finalmente aprobado probablemente por la presión del *lobby* bancario.

2. En particular, evaluación de la solvencia y crédito hipotecario. Test de solvencia negativo y denegación de crédito.

Tanto la DCC como la DCH regulan de manera similar la obligación de evaluar la solvencia, pero la DCH da un paso más respecto de la DCC en cuanto dispone en su art. 18.5 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*”. Esta previsión no se encontraba contenida en la DCC¹¹⁶ y apareció en el documento de la Comisión Europea en julio de 2010 (*Working paper on responsible mortgage lending & borrowing*) donde taxativamente se señalaba que *si el resultado de la evaluación de la solvencia era negativo, el prestamista debía denegar el crédito*¹¹⁷.

Por tanto, no solo se establece la obligación de evaluar la solvencia, sino también la de actuar en consonancia con el resultado que arroje la evaluación¹¹⁸. Parece que la lógica actuación del prestamista sería la que sugiere la Directiva: no concederá el préstamo si considera que el prestatario no lo va a poder devolver. Lo llamativo es que esta decisión se imponga legalmente y sin que queden claras las consecuencias de su incumplimiento. *No es lo mismo incumplir la obligación de evaluar la solvencia que*

¹¹⁵ El párrafo segundo del art. 31 de 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 (Bruselas, 11.9.2002 COM(2002) disponía “*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*”.

¹¹⁶ Se recogía ya en *Working paper on responsible mortgage lending & borrowing* Comisión Europea, 22/07/2010 <http://www.fininc.eu/gallery/documents/efin-news/work-paper-resp-lending-2010-07-22.pdf> pg. 8. Este documento es especialmente relevante como antecedente de la normativa adoptada en la DCH por cuanto sintetiza los posicionamientos que la Comisión Europea en anteriores documentos.

¹¹⁷ *Working paper, cit., pg. 8* “*If the results of the consumer’s creditworthiness assessment are negative, the creditor should deny credit*”.

¹¹⁸ Como se puede apreciar, se sigue un criterio distinto al mantenido en el art. 79 bis. 7 de la Ley de Mercado de Valores en el marco de la regulación de las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión. Cuando el test de idoneidad es negativo no se prohíbe la inversión, sino que el cliente será advertido y “*se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo (....)*”.

realizar tal evaluación y no obstante, conceder el préstamo a sabiendas de que la persona no lo va a poder devolver. Siendo dos aspectos diferentes, el resultado es el mismo: ya sea porque el acreedor no evaluó la solvencia o porque, haciéndolo, concedió el préstamo tras un test negativo, el deudor no puede pagar y se coloca en situación de insolvencia. Si para el prestamista no se deriva ningún tipo de responsabilidad en ambas situaciones, se desvirtúa la esencia de la noción de préstamo responsable como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento privado¹¹⁹. Hay que entender que los efectos de tal incumplimiento solo se desencadenarán si finalmente el deudor deviene insolvente, debiendo tener la sanción efectos en el contrato con el consumidor. No es lo mismo un impago cuando la evaluación fue positiva que un impago cuando la evaluación fue negativa.

Ahora bien, el riesgo es la esencia del negocio bancario y el régimen jurídico de la obligación de evaluar la solvencia que debe interpretarse con cautela para no dinamitar el mercado crediticio haciendo recaer de manera desequilibrada todo riesgo de impago sobre el prestamista cuyo análisis debe centrarse en las circunstancias del cliente presentes y pasadas, sin que le sea exigible un juicio de previsibilidad sobre los posibles infortunios que puede padecer el deudor. Por lo tanto, la responsabilidad del prestamista por no haber evaluado la solvencia o por impagos tras un test negativo solo debe derivarse en los casos en los que no son circunstancias sobrevenidas del consumidor las que provocan el impago. Es decir, el prestamista debe responder cuando siendo el test negativo, el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. De lo contrario, se produce un desequilibrio intolerable del sistema que puede comprometer gravemente el acceso al crédito.

Cabe preguntarse si este nuevo enfoque del DCH que en caso de evaluación negativa de la solvencia puede el prestamista contratar con el consumidor. A mi juicio no tiene vetada tal posibilidad¹²⁰, y entiendo que ello no afectaría a la validez del contrato. Como señaló el Consejo Económico y Social Europeo, “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”¹²¹. Por lo tanto, aunque la evaluación de la solvencia haya arrojado un resultado negativo, el prestamista puede contratar, si bien, en el caso de que el deudor resulte insolvente, el prestamista deberá asumir su responsabilidad. Y esto es bien distinto que prohibir al prestamista conceder crédito cuando la evaluación es negativa. El mero hecho de la contratación en estas circunstancias no da lugar a responsabilidad si no se han producido impagos. A mi juicio, la DCH no impone la obligación de denegar el préstamo si el resultado del test es

¹¹⁹ Así se ha puesto de manifiesto en el 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) <http://www.gerontomigracion.uma.es/sites/default/files/usuarios/Dictamen%20CESE%20%28PD%20contratos%20de%20crédito%20bienes%20inmuebles%29.pdf>

¹²⁰ En sentido contrario, GALLEGOS, E, “La obligación de evaluar la solvencia”, vid. infra Capítulo I.4.

¹²¹ 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) <http://www.gerontomigracion.uma.es/sites/default/files/usuarios/Dictamen%20CESE%20%28PD%20contratos%20de%20crédito%20bienes%20inmuebles%29.pdf>

negativo

Mantener lo contrario desnaturaliza la esencia del negocio bancario y cercena la libertad contractual. Cosa distinta es que, si tras una evaluación negativa, se produce una insolvencia del deudor, las consecuencias para el prestamista no deben ser las mismas que si contrató con una evaluación positiva y siempre que la insolvencia del consumidor no obedezca a circunstancias sobrevenidas. *Ésta es a mi juicio, la auténtica novedad introducida en la DCH: el prestamista responde cuando no evaluó la solvencia o cuando haciéndolo, contrata con un test negativo de solvencia y se produce la insolvencia del consumidor por causas no sobrevenidas.*

Hay que tener en cuenta que para la evaluación de la capacidad de pago del deudor y, por tanto, para el cumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia, no se tienen en cuenta eventuales garantías personales (fiadores), sino tan solo la del propio consumidor, sin que haya obstáculo a mi juicio para que ante una evaluación negativa pueda celebrarse el contrato con garantías adicionales. Este efecto no vendría impedido por el texto de la DCH. *Lo que no cabría, a mi juicio, es que el test de solvencia positivo emanara de las garantías adicionales prestadas por el cliente.*

Por otro lado, al estar en el ámbito hipotecario el acreedor ya goza de una garantía. Dispone el art. 18.3 DCH que *“la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencia 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”*. Del texto transcrito no parece excluirse el valor del inmueble para la evaluación de la solvencia, ya que solo se proscribió que sea éste el único criterio a tener en cuenta y que se proceda también a la valoración de la capacidad de reembolso del deudor, que es lo que no se hizo en el pasado y que dio lugar a la crisis hipotecaria por cuanto la cuantía de los préstamos se hacía depender de manera exclusiva del valor de bien (*loan to value*). La normativa comunitaria no establece criterios objetivos préstamo-valor (*loan to value*) del bien hipotecado ni criterios sobre préstamo-nivel de renta¹²² (*loan to income*), los cuales no tienen impacto en la relación contractual con el consumidor. Sí subsisten ambos criterios en el terreno de la supervisión interna de las entidades

Tampoco el texto finalmente aprobado ha sido explícito respecto de las variables a tener en cuenta para evaluar la solvencia del deudor, a diferencia de las especificaciones que sí se hacían en el documento de trabajo que constituye el precedente del texto finalmente aprobado que expresamente señalaba que se tendrá en cuenta las circunstancias personales, los ingresos ordinarios, cualesquiera otros elementos que puedan influir en su capacidad para pagar el préstamo, tales como desgravaciones fiscales u otros subsidios¹²³.

Al igual que ante un test negativo no está vetada la celebración del contrato, tampoco existe un “derecho al crédito” tras el resultado positivo del test de solvencia. Aunque ninguna disposición ni de la DCC ni de la DCH hace referencia directa a esta

¹²² Se siguió el criterio sustentado las entidades financieras que se opusieron a tales criterios porque impedirían la competencia entre entidades financieras alegando que cada entidad es responsable de su modelo de negocio. Cfr. *Summary of responses to the public consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*, 30 de noviembre de 2009, Pg. 4 http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/resp_lending/feedback_summary_en.pdf pg. 10.

¹²³ *Working paper, cit.*, pg. 8.

cuestión, el art. 9.2 DCC dispone que “*si la denegación de una solicitud de crédito se basa en la consulta de una base de datos, el prestamista informará al consumidor inmediata y gratuitamente de los resultados de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada*”, norma que se reproduce en el art. 18.5 c) de la DCH. Parece que el prestamista debe justificar las razones por las que deniega el crédito, aunque no existe obligación de concederlo cuando la evaluación es positiva.

La clave está en el *mecanismo sancionador* que la DCH deja en manos de los Estados miembros. Al margen de las eventuales sanciones en el marco de la normativa de supervisión, debe existir algún efecto en el ámbito del contrato con el consumidor en ambos casos¹²⁴. El art. 38 de la DCH dispone que serán los Estados miembros los que establezcan las sanciones por el incumplimiento limitándose a señalar que serán *efectivas, proporcionadas y disuasorias*.

Ya se ha señalado que por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia la LCC solo prevé meras sanciones administrativas. A mi juicio, *la pérdida del derecho a cobrar intereses remuneratorios y moratorios*¹²⁵ y *la subordinación de su crédito en el eventual procedimiento concursal en el que se vea inmerso el consumidor*, parecen sanciones razonables, algunas de ellas ya previstas en otros ordenamientos. Dada la vaguedad de los términos empleados en la DCH, no es de extrañar que también la sanción administrativa sea la prevista en España a la hora de trasponer la directiva comunitaria y que el consumidor insolvente en todo caso se vea obligado a cumplir no solo su obligación de restituir el capital, sino también los intereses moratorios y remuneratorios y que además no sea posible una exoneración del pasivo pendiente en el proceso concursal por tratarse de un préstamo con garantía real. Si eso sucede –como es previsible– poco habremos avanzado y un nuevo fallo en el sistema de supervisión bancaria nos abocará a otra crisis financiera. ¿Qué interés tendrá el consumidor en denunciar una irregular concesión de crédito si ello no tiene efectos “para él”? Ninguno y toda esta normativa se convertirá en “papel mojado” porque siguen sin establecerse mecanismos disuasorios eficaces.

3. El acceso del prestamista a información financiera de los particulares.

Íntimamente relacionado con la sanción por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia se encuentra el no menos relevante problema de determinar *cómo en la práctica se puede juzgar si efectivamente el acreedor ha evaluado o no la solvencia del deudor*.

Para exigir, de manera efectiva, responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, las entidades deben estar en condiciones de poder cumplirla de manera eficaz. Ello requiere que el prestamista pueda disponer de información económica fiable acerca de sus potenciales clientes que no debe quedar en manos del consumidor, tal y como establece nuestra legislación en materia de protección de datos personales, que se trata en otros capítulos de este libro. Las

¹²⁴ Así lo sugiere el Banco Mundial en su reciente informe *Responsible lending, Overview o regulatory tools* <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools> p. 46 donde sugiere la pérdida de intereses remuneratorios y que el deudor se vea exonerado de intereses moratorios, tal y como sucede ya en Bélgica o Suiza.

¹²⁵ Así lo ha sugerido el Banco Mundial en su informe *Responsible lending, Overview o regulatory tools* <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools> p. 46.

entidades deben estar obligadas a compartir información a bases de datos públicas¹²⁶ o privadas y a su vez deben estar obligadas a consultarlas. Esta obligación de consulta (establecida en el art. 18 de la Orden 2899/2011) será efectiva si tales bases de datos contienen información completa.

Aunque pueda parecer lo contrario, que el prestatario monopolice su información económica puede perjudicarlo más que beneficiarlo y es preciso hacer un esfuerzo en el terreno de la educación del consumidor en este sentido¹²⁷. La trascendencia de la evaluación del riesgo crediticio para la estabilidad del sistema financiero y de la economía en general aconsejan ciertas limitaciones en materia de privacidad que repercuten en beneficio del propio consumidor. Dejar en manos del prestatario la información económica para que el prestamista cumpla su obligación de evaluar la solvencia dificulta sobremanera la evaluación de la conducta de éste y dificulta la exigencia de responsabilidad por concesión irresponsable de crédito. De ahí que las normas citadas no hagan prácticamente referencia a la responsabilidad del prestamista en la operación y sí se ocupen de la posición del prestatario que deberá en todo caso cumplir sus obligaciones y, si aportó información incorrecta, será sancionado por ello.

El mayor riesgo de selección adversa fruto de falta de información adecuada, tiene evidente impacto en el coste crediticio¹²⁸ cuyo aumento tanto preocupa si se adoptan medidas de control de los prestamistas. Si resulta difícil distinguir entre buenos y malos pagadores, todos los prestatarios se verán afectados por unos tipos de interés más altos, en tanto que no es posible adecuar el coste crediticio a la prima de riesgo. Los buenos pagadores soportarán las consecuencias del incumplimiento del mal pagador y el alto coste crediticio supone un estímulo negativo al acceso al mismo y con ello al crecimiento económico¹²⁹. La falta de información crediticia supone una restricción al acceso al crédito en tanto que favorece el aumento del coste y, sobre todo, “pagan justos por pecadores”.

Ni la DCC ni la DCH establecen la obligación del prestamista de consultar las bases de datos que contengan información financiera de los particulares, remitiéndose a los Estados miembros la exigencia de esta obligación¹³⁰. No se establecen criterios

¹²⁶ Vid. infra, SANTILLÁN, “Reglas de funcionamiento de la central de información de riesgos del Banco de España”, Capítulo III.2. donde se analizan las limitaciones de acceso a la información que contiene dicho registro público: la información que se recibe y la que se comparte.

¹²⁷ Vid. más extensamente CUENA CASAS, M, “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales” http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf

¹²⁸ Este aspecto ha sido tratado en mi trabajo, “Fresh Start y mercado crediticio”, Revista InDret, julio 2011. www.indret.com Vid. PASCUAL, P, “Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el Derecho Comparado”. Capítulo II, 2. BALBUENA, M, “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el mercado crediticio”, Capítulo I. 2.

¹²⁹ BARRON, J.M y STATEN, M, “The value o comprehensive Credit Reports: Lessons from the U.S. Experience”, in Miller,M, (ED) Credit Reporting Systems and the International Economy, World Bank Institute, 2000 <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.199.3397&rep=rep1&type=pdf> pág. 5.

¹³⁰ El art. 18.2 de la Orden de Transparencia de Servicios bancarios expresamente establece la obligación de consulta a la Central de Riesgos del Banco de España y a los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito a que se refiere el art. 29 de la Ley Orgánica de Protección de datos personales (LOPD). Por su parte, la 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, recalca esta obligación de consulta:

generales y objetivos¹³¹ que puedan ser externamente valorados por un Juez¹³², a diferencia de lo que sucede en otros países donde se ha extremado la precaución en este terreno como es el caso de Suiza o Bélgica¹³³.

La información en poder del prestamista a la hora de evaluar la solvencia es esencial. Si la información es escasa, puede dar lugar a falsos test de solvencia positivos, lo que exoneraría al prestamista y se facilita el sobreendeudamiento del consumidor con las consecuencias que ello conlleva. Si la información es abundante, se evita en mayor medida el riesgo de sobreendeudamiento, pero aumenta el de exclusión financiera¹³⁴. Sin embargo, este efecto se ha sobrevalorado cuando se trata de un consumidor (ya que otras variables se tienen en cuenta cuando de un empresario se trata). No creo que conceder un préstamo a un cliente que *se sabe* no puede devolverlo sea beneficioso para la economía y el sistema y buena prueba de ello es la crisis financiera que estamos viviendo en la actualidad. Pero como he dicho, el sistema no prohíbe la concesión de tal préstamo. Tan solo se pretende que el prestamista, haciendo uso de su libertad de contratación, asuma alguna consecuencia en la hipótesis de insolvencia del deudor por circunstancias que ya eran conocidas para el prestamista.

El régimen jurídico de la obligación de evaluar la solvencia se encuentra indisolublemente unido con los sistemas de información crediticia¹³⁵, terreno en el que no se ha producido ningún avance en la UE, de manera que la unificación es incompleta y necesariamente lo será tras la transposición que de la Directiva haga cada Estado miembro, porque no hay unificación y uniformidad en el instrumento que es el sistema de información crediticia. *El sistema diseñado por la DCH, al igual que ya sucediera con la DCC, se produce más en el terreno de los principios que en el de medidas concretas y efectivas.* Para que el acceso a las bases de datos de los Estados miembros se realice de forma no discriminatoria es precisa “una convergencia en los tipos de datos y en las definiciones de los mismos en dichas bases”, terreno en el que no se ha

“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)”. Vid. al respecto ALONSO, C, “Reglas de funcionamiento de la Central de Información de Riesgos del Banco de España, infra, Capítulo III.2 y PASCUAL, P, “Los ficheros de solvencia positivos”. Capítulo II.2.

¹³¹ Vid. BALBUENA, “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio, Capítulo I. 2. Se analizan los criterios legales para la evaluación del riesgo crediticio en España.

¹³² En USA, el *Consumer Financial Bureau* estableció en 2013 los criterios que debían valorarse para una adecuada evaluación de la solvencia en préstamos hipotecarios: ingresos y bienes actuales, situación laboral, historial crediticio, pagos mensuales por otros préstamos, cargas mensuales por impuestos, otros pagos mensuales, la ratio deudas- ingresos dividido entre los 12 meses del año. http://files.consumerfinance.gov/f/201301_cfpb_ability-to-repay-factsheet.pdf El incumplimiento de los requerimientos legales en materia de evaluación de la solvencia dará lugar a responsabilidad civil del prestamista quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados al prestatario. (Sección 129 Truth and Lending Act (TILA), modificada por la Dodd Frank Act de 21 de julio de 2010.

¹³³ PASCUAL, P, “Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el Derecho Comparado. Capítulo II.2

¹³⁴ Así lo entiende GALLEGO, E, “La obligación de evaluar la solvencia”..., infra Capítulo I.4.

¹³⁵ *Working paper...*, cit., pg. 8.

avanzado pues en la UE los sistemas de información crediticia son variados y heterogéneos, sin que la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos¹³⁶ brinde una regulación específica a los ficheros de solvencia patrimonial¹³⁷. En algunos países se accede a información positiva y negativa, en otros solo a la negativa, estando la positiva sujeta al requisito del consentimiento del prestatario. Por lo tanto, la información crediticia en la UE es asimétrica y con esta heterogeneidad en este terreno, el control del cumplimiento efectivo de la obligación de evaluar la solvencia será también diferente y, a mi juicio, ineficaz. No puede exigirse una correcta evaluación de la solvencia si previamente no se pone a disposición del prestamista información financiera fiable¹³⁸. Esta falta de información (que no debe dejarse en manos del consumidor) servirá de “escudo protector” de las entidades cuando se pretenda exigir responsabilidad por concesión irresponsable de crédito.

Es por ello que los sistemas de información crediticia constituyen un instrumento indispensable para construir de manera adecuada el régimen jurídico de evaluación de la solvencia¹³⁹. Junto a ella, es preciso establecer el soporte necesario para lograr su adecuado cumplimiento y el control del mismo, unificando la información mínima que debe recabar el prestamista y la obligada consulta a bases de datos con información también uniforme¹⁴⁰.

Pero lo cierto es que los mecanismos internos de evaluación del riesgo¹⁴¹ son variados¹⁴² y de gran complejidad técnica, difícilmente valorables por la autoridad judicial que en su caso es la encargada de imponer la sanción correspondiente en el marco de la relación contractual con el consumidor¹⁴³. No hay una unificación en este terreno a nivel europeo ya que cada entidad financiera tiene sus propias reglas de evaluación del riesgo crediticio lo que *de facto* puede reducir la efectividad práctica de la obligación de evaluar la solvencia como mecanismo para la prevención del sobreendeudamiento privado ante la dificultad de verificar su grado de cumplimiento¹⁴⁴.

¹³⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF>

¹³⁷ Vid. ALONSO, C, “Propuesta de Reglamento europeo de protección de datos personales y ficheros de solvencia”, Capítulo III, 3.

¹³⁸ Cfr. Informe del Banco Mundial *Responsible lending, Overview o regulatory tools cit.*, p. 39.

¹³⁹ Así lo sugiere el Banco Mundial en su reciente informe *Responsible lending, Overview o regulatory tools* <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools> p. 39.

¹⁴⁰ De hecho, fue precisamente el sector financiero el que se opuso a una armonización en este terreno. Cfr. *Summary of responses to the public consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*, 30 de noviembre de 2009, Pg. 4 http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/credit/resp_lending/feedback_summary_en.pdf

¹⁴¹ Cfr. BALBUENA, M, “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio”, Capítulo I. 2.

¹⁴² Vid. Anejo IX de la Circular del Banco de España 4/2004 de 22 de diciembre donde se establecen guías de buenas prácticas en materia de cobertura de riesgo de crédito.

¹⁴³ REIFNER, U, NIEMI-KIESILÄINEN, J, HULS, N, SPRINGENEER, H, *Overindebtenness in European Consumer Law*, Principles from 15 European States, 2010, p. 144

¹⁴⁴ Un ejemplo de adecuada regulación en este terreno es la propuesta en Irlanda donde se ha arbitrado un sistema instado por el Gobierno, entidades financieras y el Consejo Supervisor de Finanzas (integrado por asesores a personas en situación de sobreendeudamiento) para crear un modelo de declaración financiera estándar que todo prestamista debe utilizar para recoger información financiera del cliente donde se establece exactamente qué datos debe el prestamista recoger. Sobre la base de tal información objetivada, el Banco Central crea el modelo de *credit scoring* que cada entidad debe utilizar y que sirve de instrumento también de supervisión. Este sistema se ideó para clientes de alto riesgo en procesos de

En ausencia de tales criterios objetivos se postuló una inversión de la carga de la prueba de la correcta evaluación de la solvencia por parte del prestamista quien debe demostrar la forma en que han cumplido con los requisitos de evaluación de la solvencia, sin que se establezca cómo debe hacerse¹⁴⁵. Con este planteamiento, difícilmente puede controlarse el grado de cumplimiento pues variará no solo en cada Estado miembro, sino también en cada entidad financiera. No parece razonable establecer un mecanismo de control de una entidad cuando es ésta la que establece el baremo que sirve de evaluación a dicha actividad.

Pero no solo son distintos los criterios tenidos en cuenta para la evaluación del riesgo, sino que Europa carece de un modelo en materia de información crediticia¹⁴⁶ y los sistemas difieren en cada uno de los Estados, lo cual dificulta un libre mercado de crédito interior en la UE¹⁴⁷, ya que impide que ciudadanos de un Estado Miembro puedan acceder al mercado crediticio de otro Estado (*cross border context*). Al contrario de lo que acontece en USA, Europa es más restrictiva en la circulación de la información financiera, particularmente en los países de la UE, por obra de su regulación en materia de protección de datos personales concretada en la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995. Dentro de la UE existen diferencias entre los Estados Miembros en materia de protección de datos, ya que la regulación de la directiva es de mínimos y cada Estado Miembro¹⁴⁸ ha intensificado más o menos el grado de protección.

En materia de privacidad cuya protección resulta imprescindible, y dentro del ámbito de la Directiva 95/46, puede construirse el modelo basado en la necesidad de consentimiento del afectado para que el prestamista transmita su información económica a un fichero o en el interés legítimo del responsable del tratamiento¹⁴⁹,

reestructuración bancaria, pero bien puede constituir un modelo que se puede implantar con carácter general para todo cliente bancario tal y como sugiere el informe del Banco Mundial (“Responsible lending. Overview of regulatory tools. Octubre 2013, p. 32. <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools>) para lograr la efectividad de la obligación de evaluar la solvencia.

¹⁴⁵ Así lo propusieron los representantes de los Estados miembros en “Summary of responses to the public consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU”, 30 de noviembre de 2009, Pg. 4 http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/credit/resp_lending/feedback_summary_en.pdf pg. 11.

¹⁴⁶ Un análisis del panorama en los Estados Miembros de la UE puede consultarse en ROTHMUND, M, GERHARDT, M, “The European Credit Information Landscape. An analysis of a Survey of credit bureaus in Europe”, enero 2011 http://www.bankasoc.lv/lv/pdf/ACCIS-Survey_FinalReport_withCover1.pdf Destaca en esta materia el documento elaborado por el Banco mundial *General Principles for Credit Reporting*, (septiembre 2011) cuyo objetivo no es diseñar un sistema específico de flujo de información económica de los particulares, sino señalar unas reglas generales que sirvan de criterios a los Estados con objeto de lograr un objetivo común: la creación de un mercado crediticio seguro. http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/Credit_Reporting_text.pdf

¹⁴⁷ El análisis de esta cuestión fue uno de los objetivos del *Report of the Expert Group on Credit histories* http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/credit_histories/egch_report_en.pdf

¹⁴⁸ Cfr. JENTZSCH, N y RIENTRA SAN JOSÉ, A, “Information sharing and its implications for consumer credit markets: United States vs Europe”, 2003 <http://userpage.fu-berlin.de/~jentsch/eu-vs-us.pdf>

¹⁴⁹ Ambas posibilidades están contempladas en el art. 7 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: “*Los Estados miembros dispondrán*

estableciéndose una normativa específica que controle la información compartida y respete los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta doble posibilidad se plantea respecto a información positiva, ya que la negativa se comparte sin consentimiento del afectado, si bien debe ser notificado.

En algunos estados miembros es obligatorio, por ley, depositar información en el registro (Grecia, Hungría, Países Bajos, Eslovenia, Bélgica y Serbia), pero en la mayoría no existe esta obligación. En otros países consultar la base de datos es una obligación legal (Bélgica, Países Bajos, Noruega, Serbia y Turquía), pero incluso en aquellos donde compartir y usar información crediticia no está definido como obligatorio, es norma general depositar toda la información que legalmente se pueda suministrar.

En España la información con la que cuentan las entidades financieras para evaluar el riesgo del deudor es, en su mayor parte, la ofrecida por el mismo deudor que se centra básicamente en su patrimonio, ingresos y cargas. Prevalecen los ficheros de solvencia negativos, únicos para los que no se requiere el consentimiento del deudor para que la entidad comparta la información a los *credit bureau*. Sí se trata de un fichero de información positiva el gestionado por el Banco de España (CIRBE) reformada recientemente¹⁵⁰ que ofrece una información limitada (operaciones por encima de los 9.000 euros), y con un acceso a la información restringido: sólo podrán obtener la información contenida en la base de datos las entidades declarantes, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda acceder de forma gratuita a toda la información que esté a su nombre en la CIRBE. Por lo tanto, cualquier prestamista que no tenga la consideración de entidad de crédito no podrá acceder a la información contenida en la CIRBE para cumplir su obligación de evaluar la solvencia.

En cuanto a los ficheros de los prestadores privados de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, el art. 69 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero dispone que (...) *la actividad de facilitar a las entidades de crédito los datos necesarios para el ejercicio de su actividad crediticia podrá ser también realizada por otras entidades de naturaleza privada cuya actividad se ajustará, en todo caso, al régimen previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (LOPD)*.

La regla general es que el tratamiento de los datos personales de las personas físicas exige el consentimiento del interesado salvo que la ley disponga otra cosa¹⁵¹, lo cual

que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”.

¹⁵⁰ <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/31/pdfs/BOE-A-2013-5720.pdf>

¹⁵¹ La Ley 44/2002 de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece un régimen especial precisamente para la CIRBE, no siendo necesario el consentimiento del deudor para que las entidades obligadas, compartan la información de sus clientes a este fichero público.

sucede con la información negativa, para la cual no se requiere tal consentimiento.

Los arts. 38 y siguientes del Reglamento de protección de datos¹⁵² dedicados al “tratamiento de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés” desarrollan el art. 29 LOPD, pero solo en lo referente a los ficheros de solvencia negativos¹⁵³, sin abordar una regulación específica de los ficheros de solvencia positivos¹⁵⁴ que tanta trascendencia tienen para el funcionamiento del mercado¹⁵⁵.

La legislación española en materia de protección de datos sigue siendo muy rigurosa, lo que se ha evidenciado con la anulación de varios preceptos del Reglamento de Protección de datos relacionados por las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 (sala de lo contencioso-administrativo)¹⁵⁶.

Son necesarias reformas en la legislación de protección de datos personales que favorezcan la circulación de la información financiera de los particulares, debiéndose compartir su información económica estableciendo mecanismos de control del uso de la información por las entidades privadas al estilo de la normativa que para la CIRBE se contiene en los arts 59 y ss Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Lo que “perjudica” al deudor es la constancia de la información negativa (inclusión en fichero de morosos) para lo cual no se requiere su consentimiento. No parece razonable que éste sí sea necesario para que se publique una información positiva que puede favorecerle notablemente¹⁵⁷ y que actualmente monopoliza su entidad financiera, principal interesada en no compartir información sobre sus buenos clientes.

Es preciso un control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor y para ello es imprescindible un sistema adecuado de información crediticia.

¹⁵² Real Decreto 1720/2007, de 21 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.

¹⁵³ En la línea de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

¹⁵⁴ Los *ficheros de solvencia negativos* publican un perfil desfavorable de la persona, contienen las situaciones relativas a las incidencias en los pagos, son los comúnmente conocidos como *ficheros de morosos*. Por el contrario, los *ficheros de información positiva* brindan una imagen completa de la solvencia de las personas: historial de cumplimiento de obligaciones contraídas, uso de tarjetas de crédito sin incidencias y niveles de endeudamiento global de los consumidores.

En los *ficheros positivos* se incluyen operaciones crediticias que nunca se han incumplido y se han satisfecho en los términos pactados. Los ficheros de solvencia negativos sólo dan la posibilidad de conocer al deudor incumplidor, pero no aportan información sobre si el nivel de endeudamiento del solicitante es lo suficientemente alto como para desaconsejar la concesión de más crédito.

¹⁵⁵ Vid. infra, ALBENTOSA, L, “Régimen jurídico de los ficheros de solvencia y aplicación jurisprudencial, Capítulo III.1.

¹⁵⁶ El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección sexta, en tres sentencias de 15-7-2010 (RJ 2010, 6271) (misma fecha y mismo ponente) se ha pronunciado sobre la nulidad de varios preceptos del Reglamento. Se resuelven los recursos 23/2008, 25/2008 y 26/2008 interpuestos, respectivamente, por la Asociación Nacional de establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo y *Experian Bureau de Crédito S.A*. El Tribunal Supremo anula, por disconformes a derecho, los artículos 11, 18, 38.1.a) inciso final, 38.2, 123.2; además, el Tribunal Supremo deja imprejuzgada la impugnación del art. 10.2.a) y b) por planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de UE.

¹⁵⁷ Sobre las ventajas de los ficheros de solvencia positivos, vid. PASCUAL, P, “Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el Derecho Comparado”. Capítulo II, 2.

Consciente el legislador europeo de la vinculación entre ambos problemas se dispone en el art. 45 DCH que “a más tardar el 21 de marzo de 2019, la Comisión presentará un informe exhaustivo de evaluación de los retos generales que plantea el endeudamiento privado excesivo directamente relacionado con la actividad crediticia. En dicho informe se examinará asimismo la necesidad de supervisar los registros de crédito y la posibilidad de desarrollar mercados más flexibles y fiables. Dicho informe irá acompañado, en su caso de propuestas legislativas”. Es previsible, pues, que esta reforma en materia de información crediticia nos venga de Europa, aunque nada impide a España cambios en su legislación en materia de protección de datos personales con objeto de hacer realidad el proclamado préstamo responsable.

A su vez es preciso realizar esfuerzos en materia de educación financiera del consumidor. No se puede configurar un sistema financiero seguro y transparente sin un consumidor capaz de valorar las consecuencias financieras de sus decisiones. A mi juicio, estas competencias básicas deben adquirirse básicamente a través del sistema educativo obligatorio¹⁵⁸ con objeto de que alcance a la mayor parte de la población¹⁵⁹. Es indudable la trascendencia de la educación financiera del consumidor que evite una sobrevaloración de su capacidad económica

V. CONCLUSIÓN

Abordar el tratamiento del sobreendeudamiento privado es una auténtica prioridad legislativa pues la condena a la exclusión social del ciudadano insolvente tiene un impacto económico y social pernicioso para la economía en su conjunto. El problema en España es muy grave y no puede infravalorarse su impacto por el hecho de que la familia “opera como un sistema de seguridad social en situaciones de desempleo¹⁶⁰”. El “colchón” financiero de las familias se acaba y España se encuentra en altos niveles de pobreza¹⁶¹. El problema hay que afrontarlo con valentía aunque ello suponga la pérdida de algún privilegio para los “fuertes”. De lo contrario, se creará un caldo de cultivo sumamente peligroso que puede alimentar el radicalismo, el fanatismo y con él la ingobernabilidad. Lo que empezó siendo un problema económico, se ha convertido en un problema político y la estabilidad institucional y del sistema se puede resquebrajar si nuestro legislador no da un paso al frente a favor del “ciudadano” en este terreno

¹⁵⁸ En este sentido, “Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo la protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” de 29 de abril de 2014 <http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=ces/int/int726/es/eesc-2014-00791-00-00-ac-tra-es.doc>

¹⁵⁹ Cfr. Plan de educación financiera 2013-2017. Comisión Nacional del Mercado de Valores. Banco de España-Eurosistema. Junio 2013. http://www.bde.es/clientebanca/noticias/Plan_de_Educacion_Financiera_2013_2017.pdf Se plantea la inserción de educación financiera en el sistema educativo como una de las líneas de actuación para el periodo 2013-2017.

¹⁶⁰ Describe esta realidad, PULGAR EZQUERRA, J, “La protección contractual...”, cit”, pág. 209. Efectivamente, de no ser por la ayuda que han proporcionado las familias y también la economía sumergida, el descontento social habría alcanzado mayores magnitudes. Una cosa es la constatación de esta realidad y otra bien distinta minimizar el problema por el eventual socorro que la familia siempre prestará.

¹⁶¹ http://eapn.es/ARCHIVO/documentos/dossier_pobreza.pdf

reformando los distintos bloques normativos que coadyuvan a la prevención y el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales.