

## ÍNDICE

**Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios (Civitas)**

*Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios (1ª edición)*

Capítulo VI

## DATOS DEL DOCUMENTO

**Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios**

1ª edición | 1 enero 2020

**La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario**

**Matilde Cuena Casas (autor)** | Catedrática de derecho civil. Universidad Complutense. Vicepresidenta de la fundación "Hay Derecho"

## NOTA AL TÍTULO

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación "Registro, mercado crediticio y crisis económica" (DER 2016-81966-REDT). El trabajo también se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense.

## ÁREA PRINCIPAL

Civil

## COMENTARIOS:

# I La ineficiente prevención del préstamo irresponsable en la contratación de créditos inmobiliarios

Cuando una regulación genera incentivos perversos en los operadores del mercado no es difícil que un cataclismo como el acaecido en 2008 pueda volver a producirse. Es importante hacer un diagnóstico correcto y atribuir a la regulación la responsabilidad que le corresponde. El mercado de crédito es un mercado privado y las normas deben generar los incentivos adecuados. No ha sido el caso del Derecho español, y lo peor de todo es que después de las reformas emprendidas, sigue sin serlo, tal y como explicaré en las páginas que siguen. Parece haberse convertido el sobreendeudamiento privado en política pública, en un fenómeno que realmente no se quiere evitar. Y esto sí que es grave.

Hoy ya existe consenso acerca del papel que una deliberada concesión irresponsable de crédito, particularmente en el ámbito hipotecario, tuvo en la crisis financiera de 2008. Se concedieron préstamos sin evaluar la capacidad de reembolso del deudor, teniéndose en cuenta exclusivamente el valor del inmueble dado en garantía, con base en una tasación irregular realizada por una empresa participada por la entidad financiera. Bastaba aumentar el valor de tasación para cumplir nominalmente los requerimientos de la regulación del mercado hipotecario (LTV) que exigía que el importe del préstamo no superara el 80% del valor de tasación. Esa sobrevaloración de las tasaciones tuvo externalidades muy importantes. La subida artificial de los precios de tasación provoca una espiral inflacionista

difícil de contener porque, aunque se pretendiera hacer una tasación correcta, habría que tener en cuenta el valor de tasación de inmuebles vendidos recientemente en el mismo bloque/manzana/barrio. Inflados los precios de venta, ello llevaba inexorablemente a una mayor sobrevaloración de las tasaciones<sup>1</sup>. Poco importaba la capacidad de reembolso<sup>2</sup>. La garantía real muchas veces “sobrevalorada”, servía para tranquilizar al prestamista que él solo generaba ese efecto inflacionista de los inmuebles dados en garantía. Esa garantía adicional que teóricamente servía para cubrir el riesgo de crédito fruto del acaecimiento de circunstancias sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo) de las que ninguno estamos a salvo y que es la pura esencia del riesgo de crédito (paro, enfermedades, divorcio...), se convirtió en la justificación de la concesión del préstamo. Daba igual que el deudor no pudiera devolver el préstamo por circunstancias que ya constaban en el momento de su concesión (sobreendeudamiento activo). Siempre había una garantía que iba a cubrir tal incumplimiento y un inmueble que iba a valer más cada vez. El planteamiento era irresponsable, promovido por gobiernos cortoplacistas que querían disfrutar del crecimiento económico que esa expansión crediticia generaba y unos directivos de entidades financieras económicamente blindados y protegidos por los gobiernos cualquiera que fuera su color político<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>GARCÍA MONTALVO, J. (2009) Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09, Papeles de Economía Española, núm. 122, 66-87.

<sup>2</sup>Los datos avalan esta idea. España es uno de los países de la UE donde se evidencia con mayor claridad que han sido los hogares con menos recursos los que más se han sobreendeudado. Si la ratio de deuda/ingresos de los hogares de la zona euro es de 71.8, se duplica en el caso de España alcanzando la cifra de 141.8. En lo que se refiere a la ratio préstamo/ valor la media europea es de 44 y España se encuentra muy cerca, llegando a la cifra de 41.7. Esto significa que en España se han concedido los préstamos a personas con poca capacidad de reembolso, si bien, el valor del inmueble dado en garantía, en principio, cubría el préstamo garantizado. Datos extraídos Household Finance and Consumption Network (2016) : “The Household Finance and Consumption Survey: results from the second wave”, ECB Statistics Paper, No. 18, ISBN 978-92-899-2644-7, European Central Bank (ECB), Frankfurt a. M., <http://dx.doi.org/10.2866/177251> p. 112.

<sup>3</sup>La banca privada en España siempre ha estado concentrada en pocas entidades que han recibido un trato privilegiado por parte del poder político. Como ha puesto de relieve PÉREZ, S. “Poder político y poder económico en España”, 72 <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/viewFile/44810/26346> un ejemplo de esta vinculación entre poder político y financiero fue el *privilegio de pignoración automática de deuda pública* (Ley de Ordenación Bancaria de 1921), instaurado a principios del siglo pasado por virtud del cual la banca suscribe las emisiones de deuda pública y a cambio podía obtener del Estado una línea de crédito del Banco de España con los títulos como garantía. El déficit público del Estado tenía una financiación segura (bastante más rentable electoralmente que subir los impuestos) y los bancos estaban contentos porque la cartera de deuda pública era un activo muy líquido que daba un rendimiento seguro. Con este “colchón” los bancos empezaron a prestar sin preocuparse mucho del riesgo porque estaba el Banco de España que iba a ser en última instancia el prestamista. Así crecieron los grandes bancos que actuaron en régimen de oligopolio. Algo que por muchos economistas se consideró como uno de los principales males de la economía española. Cuando pocas entidades tienen en su mano la financiación del Estado y de las grandes empresas, es obvio que su poder en la economía se incrementa condicionando las decisiones políticas. Pocas inversiones pueden hacerse sin el aliado de la banca. Toda ayuda tiene por supuesto su contraprestación a nivel legislativo. Las normas tendrían que seguir preservando esa falta de competencia, porque solo desde un oligopolio, el poder *político* de las entidades financieras se podía mantener. Cfr. SANSÓN CARRASCO, “Contra el capitalismo clientelar. O por qué es más eficiente un mercado en el que se respeten las reglas de juego”, Ed. Grupo Editorial 2017, pp. 327 y ss.

Los excesos en la concesión de préstamos tienen como consecuencia un aumento de la demanda y un efecto inflacionista que favorece la creación de burbujas. Si además esa demanda se alimenta con incentivos fiscales a la compra de vivienda y bajos tipos de interés, la burbuja de deuda privada tiende a aumentarse. A ello hay que añadir la no menos desdeñable circunstancia de que el régimen jurídico del préstamo hipotecario ha sido claramente *pro creditoris*. Cualquiera que fuera la conducta del acreedor, carecía de frenos en la ejecución y contaba con privilegios en la ejecución hipotecaria<sup>4</sup> difícilmente justificables y algunos incluso se mantienen después de la regulación dictada con posterioridad a la crisis (Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social)<sup>5</sup>. Lo mismo cabe decir de la regulación concursal. Hasta la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el deudor persona física respondía con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil), sin que el acreedor tuviera límites a la ejecución lo cual suponía un estímulo positivo al préstamo irresponsable y a la ausencia de evaluación correcta del riesgo crediticio. Ya lo advirtió el Banco Mundial: "los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una 'salida de emergencia' tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito"<sup>6</sup>. La exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor insolvente de buena fe constituye un estímulo favorable al préstamo responsable, estímulo que no ha entrado en el Derecho español hasta el año 2015<sup>7</sup>. La ausencia de este remedio en los años en los que se ha gestado la crisis, ha supuesto un incentivo al préstamo irresponsable. El objetivo era claro: favorecer el acceso a la vivienda en forma de propiedad a través de un crédito barato. Para lograr esto era preciso desequilibrar el sistema favor del acreedor y cualquier medida que tutelara al consumidor (limitación de intereses de demora, aumento de requisitos que permitan iniciar proceso de ejecución, límites en el proceso de ejecución por la existencia de la exoneración del pasivo insatisfecho, consecuencias de Derecho

---

<sup>4</sup>No hace falta recordar el impacto que tuvo la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2013 (Caso Azid), fruto de la imposibilidad de los deudores de paralizar la ejecución hipotecaria cuando existían cláusulas abusivas en el contrato de préstamo. Esta sentencia provocó un cambio regulatorio y un tsunami de resoluciones judiciales que paliaban el tremendo desequilibrio existente entre deudor y acreedor en la relación jurídica hipotecaria.

<sup>5</sup>Un ejemplo de ello es el artículo 682 LEC. *Vid.*, CUENA CASAS, M., "Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario", <http://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/> (Consultado el 20 de octubre de 2019).

<sup>6</sup>BANCO MUNDIAL, El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en *ADCo* núm. 31, enero-abril 2014, 240. [https://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport\\_01\\_11\\_13.pdf](https://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf) (Consultado el 21 de octubre de 2019).

<sup>7</sup>No tengo en cuenta la regulación emanada de reforma de la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización que introdujo este mecanismo en el art 178.2 LC, pero careció de impacto práctico relevante, dado el carácter restrictivo de su regulación. Cfr. CUENA CASAS, M, (2014) "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3, 123-159.

privado por el préstamo irresponsable) provocaría un encarecimiento del coste crediticio<sup>8</sup>. Esta afirmación es cierta en un sistema como el español en donde no fluyen los datos positivos de solvencia y los riesgos de selección adversa fruto de la información asimétrica provocan que el coste del crédito no se ajuste a prima de riesgo y se propague a todos los solicitantes de crédito<sup>9</sup>. Si los prestamistas compartieran datos positivos, este argumento tan frecuentemente alegado del encarecimiento del crédito ante medidas *pro debitoris* no sería válido. Aunque luego trataré el tema de los datos de solvencia patrimonial, basta destacar que el encarecimiento del crédito ha sido la excusa perfecta para diseñar un mercado de crédito desequilibrado que se supone que la nueva regulación que analizaremos pretende equilibrar.

Otro incentivo negativo a la evaluación de la solvencia radicaba en que las entidades transferían el riesgo de crédito a terceros a través del mercado secundario con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias<sup>10</sup>. Ello relaja el rigor en la evaluación del riesgo<sup>11</sup>. Por eso, no es razonable afirmar después de lo que ha pasado, que las entidades financieras tienen ellas incentivos para la evaluación del riesgo y que las sanciones administrativas son la medida disuasoria más adecuada<sup>12</sup>. La realidad ha puesto de relieve que eso no es así. Es cierto que, teóricamente, el primer interesado en hacer una evaluación adecuada de la solvencia es el prestamista pues la sanción más importante que padecer es la pérdida de su derecho de crédito. Esto es cierto cuando el prestamista es un establecimiento financiero de crédito o cualquier empresa que se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos y lo hace con capital propio (*balance sheet*)<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup>CELENTANI, M., GANUZA, J.J., GÓMEZ POMAR, F., “El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico” en GANUZA, J.J., GÓMEZ POMAR, F (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 39.

<sup>9</sup>Desarrollo este aspecto en mi trabajo CUENA CASAS, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *Indret* n.º 3 2017.

<sup>10</sup>Los bajos tipos de interés existentes en la época de la crisis favorecieron que los inversores adquirieran cédulas hipotecarias en busca de una mayor rentabilidad. La “alegre” expansión crediticia protagonizada por las entidades (particularmente las cajas de ahorro a las que se sumaron luego los bancos por razones de competencia) generó necesidad de financiación externa que encontraba oferta por parte de ahorradores ansiosos de rentabilidad.

<sup>11</sup>El Considerando 57 de la DCI advierte este riesgo: “La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo”.

<sup>12</sup>ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo” <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (Consultado el 5 de marzo de 2019)

<sup>13</sup>Como han señalado CELENTANI, M., GANUZA, J.J., GÓMEZ POMAR, F., “El régimen legal del crédito hipotecario en España..”, *cit.*, p. 45 las entidades prestamistas pueden experimentar sesgos que las inclinen hacia operaciones de mayor riesgo, lo que a su vez puede llevar a decisiones ineficientes. Entre los factores que pueden contribuir a la aparición de tales sesgos, está el que los responsables de las decisiones de las entidades prestamistas sólo absorben una parte limitada de las pérdidas que pueden ocurrir. La existencia de instituciones como el fondo de garantía de depósitos, que garantizan los ahorros de los depositantes y la

Pero cuando el que presta es una entidad financiera que capta fondos del público y opera con el privilegio de reserva fraccionaria<sup>14</sup>, esta alegría en la concesión de préstamos puede tener consecuencias letales para la sociedad en general. Tantas que han provocado su rescate con dinero público, principalmente de las cajas de ahorro. Pero la irresponsabilidad en la concesión de crédito deriva de la posibilidad de traspasar el riesgo a terceros a través del mercado secundario. No niego que esto se pueda hacer, sino que lo que niego es que se haga sin un adecuado control por parte del supervisor. La regla “*too big to fail*” (demasiado grande para caer) ha provocado que las entidades financieras actúen en situación de riesgo moral. Por ello, una obligación elemental para un banquero, como es la de evaluar la solvencia, ha tenido que ser regulada. Gran parte de culpa de esta crisis ha estado en fallos regulatorios que han generado incentivos perversos a los operadores del mercado. No cabe duda de que las herramientas regulatorias incidentes en el funcionamiento del mercado y la hasta ahora existente ha favorecido el sobreendeudamiento hipotecario masivo de los particulares.

Y es que lo que ha pasado no es nuevo. Algo parecido sucedió en la crisis de 1929<sup>15</sup>. Lo razonable es que, hecho el diagnóstico, el tratamiento sea el adecuado. De hecho, la Directiva 2014/15<sup>16</sup> (en adelante, DCI) que viene a transponer la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), se hace eco del papel relevante que tiene la regulación de la obligación evaluar la solvencia por parte del prestamista en la prevención de una nueva crisis financiera (Vid. Considerandos 55 y 56) y la necesidad de evitar comportamientos irresponsables de los operadores del mercado<sup>17</sup>.

---

responsabilidad limitada de las entidades de crédito que limita ésta y no los beneficios, son factores que incentivan la actuación de alto riesgo.

<sup>14</sup>El denominado privilegio de *reserva fraccionaria* permite a las entidades financieras dedicar a inversiones y préstamos el dinero que sus clientes depositan en sus cuentas corrientes, estando obligados únicamente a mantener una fracción de los mismos, a modo de reservas mínimas para atender las disposiciones de efectivo de sus depositantes. Esta fracción es la que comúnmente se conoce como coeficiente de caja que en la zona euro es fijado por el Banco Central Europeo. El privilegio de *reserva fraccionaria* facilita el denominado “descalce de plazos” (*maturity mismatches*): la entidad se endeuda a corto pero invierte a largo plazo (hipotecas a 30 años), estrategia que puede favorecer una crisis de liquidez que termine siéndolo de solvencia.

<sup>15</sup>Como ya se señaló en el periódico “The Economist”, lo mismo ha sucedido en 2008: “crédito fácil amplificado por productos financieros, compra de activos con dinero prestado, aderezado por un optimismo irracional: los precios nunca iban a dejar de subir”. Si se sustituye la palabra “acciones” por “inmuebles” encontramos ciertas similitudes con la actual crisis financiera. Un denominador común: el desenfreno crediticio y una irresponsabilidad bancaria en el contexto de un mercado desregulado THE ECONOMIST, 1929 and all that (8 de octubre de 2008) <https://www.economist.com/finance-and-economics/2008/10/02/1929-and-all-that> (Consultado el 2 de marzo de 2019).

<sup>16</sup>DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.

<sup>17</sup>La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

A pesar de ello y de la importancia de la cuestión, la regulación de la DCI merece reproches<sup>18</sup> por su indefinición y por el amplio margen dejado a los Estados miembros en su transposición. Esta libertad concedida a los Estados miembros no ha sido aprovechada por el legislador español que en muchos casos se ha limitado a reproducir en el art. 11 LCCI la propia indefinición de la DCI sin aportar nada al sistema.

La regulación contenida en la LCCI sobre la evaluación de la solvencia es censurable y poco ha cambiado respecto de la situación anterior a la crisis. La LCCI se centra en los abusos en la contratación bancaria, ampliando con mucho el ámbito de DCI. El legislador “se olvida” de que lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad)<sup>19</sup> a ser mecanismo de protección del cliente bancario evitando su sobreendeudamiento<sup>20</sup>. Con la nueva regulación europea se pretende, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado. (Así se señala en la Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014)<sup>21</sup>.

Este cambio de perspectiva debía haberse producido en la LCCI, cosa que no ha sucedido. Seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Y lo que es más grave, se sigue el modelo de la normativa prudencial aun cuando muchos prestamistas al amparo de la LCCI no tienen la condición de entidad de crédito ni de establecimiento financiero de crédito. Es decir, no son entidades supervisadas. No hay un interés público en la protección del balance de la entidad crediticia cuando no utiliza recursos procedentes de los depósitos del público.

El modelo tampoco cambió con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo art. 29 regulaba la “Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros”, estableciendo la obligación precontractual de las entidades de crédito, de evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. Parecía que se avanzaba en un cambio de paradigma instaurándose el préstamo responsable como mecanismo de protección del usuario financiero. Pero el cambio era más aparente que real. De hecho, el desarrollo de esta norma en el art. 18 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios

---

<sup>18</sup>Cfr. CUENA CASAS, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, RCDI, N.º 764, págs. 2871 a 2924

<http://eprints.ucm.es/45896/1/PRUEBAS%20CUENA.RCDI.pdf>

<sup>19</sup>Este cambio de orientación ya fue destacado por el TJUE en la sentencia de 27 de marzo de 2014 Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan. Asunto C565/12 en relación con la Directiva 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

<sup>20</sup>En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19), se acerca al polémico concepto de sobreendeudamiento: “Hablar de endeudamiento excesivo o de sobreendeudamiento es hacer referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles”.

<sup>21</sup>LCL Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan Asunto C565/12).

bancarios aprobada (en adelante, OTSB)<sup>22</sup>, dejaba claro que *“I a 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”*. Ello significaba que el contrato celebrado con el cliente no se veía afectado por el incumplimiento por parte del prestamista de la obligación de evaluar la solvencia. Éste daba lugar a una eventual sanción impuesta por el supervisor bancario. En definitiva, más de lo mismo. Nada había cambiado a pesar de la crisis financiera.

Este ha sido el planteamiento vigente hasta la fecha y que, lamentablemente, se mantiene en la LCCI. Como veremos enseguida, el incumplimiento da lugar a sanciones meramente administrativas, a pesar de que la DCI pretendía un cambio de paradigma: regular esta materia como mecanismo de protección del cliente bancario.

De hecho, la LCCI no deroga de manera expresa la OTSB. La disposición transitoria cuarta del Anteproyecto de LCCI mantenía su vigencia *“hasta la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que desarrollen la presente Ley”*. Ello tenía sentido porque allí no se regulaba la obligación de evaluar la solvencia y se remitía su regulación a desarrollo reglamentario. En el texto finalmente aprobado, dado que la regulación ya no se remite a desarrollo reglamentario y se contiene en el art. 11 LCCI, se ha suprimido esa disposición transitoria. No hay derogación expresa en la LCCI y se mantiene la coetilla habitual de que quedan derogadas *“cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en Ley”*.

El ámbito de aplicación de la OTSB es más amplio que el de la LCCI. Se aplica a *“servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas”*. La LCCI tiene como destinatarios también a las personas físicas, así que, desde este punto de vista, ambas normas coinciden en su ámbito de aplicación. Pero si atendemos al ámbito objetivo, la OTSB es más amplia que la LCCI, por lo que hay que entender que mantiene su vigencia para préstamos hipotecarios excluidos del ámbito de la LCCI (préstamos hipotecarios que no afecten a un inmueble de uso residencial y préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir cuando el prestatario no es un consumidor). A ello hay que sumar las exclusiones que recoge el art. 2.4 LCCI, a los que será de aplicación la OTSB.

En principio la OTSB sólo es aplicable cuando el prestamista es una entidad de crédito y, por lo tanto, sus disposiciones no eran aplicables a los demás prestamistas que no tuvieran tal condición. Sin embargo, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril<sup>23</sup> modifica el

---

<sup>22</sup>Desarrolla el art. 29 de la Ley 2/2011 de Economía sostenible.

<sup>23</sup>Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

art. 2 OTSB, extendiendo su ámbito de aplicación a prestamistas inmobiliarios, a intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, tal como se definen en el artículo 4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No obstante, esta ampliación sólo afecta a las disposiciones previstas en las secciones 1.ª a 7.ª del capítulo II del título III de la OTSB relativo a los aspectos contractuales (información precontractual, tipos de interés, ventas vinculadas etc...)

Esta ampliación del ámbito de aplicación de la OTSB a prestamistas inmobiliarios no afecta a la regulación del préstamo responsable contemplada en el art. 18 OTSB, dedicado a la regulación de la obligación de evaluar la solvencia. Este precepto sigue vigente para los casos en que el prestamista sea entidad de crédito y el contrato celebrado quede fuera del ámbito de aplicación de la LCCI. De hecho, ha sido retocado por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio de regulación del crédito revolvente modifica la OTSB.

Por otro lado, contamos con la regulación de la obligación de evaluar la solvencia en el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al Consumo (en adelante, LCC), cuya vulneración también provoca sanciones administrativas (art. 34 LCC). La pérdida de intereses remuneratorios o moratorios que se ha establecido en otros ordenamientos no ha sido reproducida en el Derecho español<sup>24</sup>. Ni mención merece la posible reclamación de daños y perjuicios que algunos autores<sup>25</sup> han defendido como consecuencia civil del préstamo responsable por su nulo efecto disuasorio. Que se pretenda que un consumidor demande a una entidad financiera cuando es insolvente fruto del préstamo irresponsable, es un planteamiento irreal y ridículo.

Por lo tanto, tendremos tres regímenes de regulación de la obligación de evaluar la solvencia: el del art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al Consumo (en adelante, LCC), el de la LCCI y el de la OTSB. El panorama no puede ser más desolador y evidencia pésima técnica legislativa pues se regula de manera diferente el mismo problema cuando el interés protegido es el mismo: la estabilidad del sistema financiero y la necesidad de evitar el sobreendeudamiento de particulares (empresarios o no).

Y es que, como he dicho, la crisis financiera no la ha provocado la falta de transparencia de la cláusula suelo, ni los excesivos intereses moratorios ni la cláusula de vencimiento anticipado, introducidas por la falta de mecanismos procesales adecuados en manos del consumidor en el proceso de ejecución hipotecaria que actuaban como incentivo mediato a su inclusión. La realidad es que las entidades han concedido préstamos a personas sin capacidad de reembolso, a la vista ciencia y paciencia de un supervisor bancario que no ha actuado como debía, provocándose el temido descalce de plazos que

---

<sup>24</sup>Sí se establece esta sanción en el art. 21.3 LCC para el caso de que el contrato no contenga la mención prevista en art. 16.2. letra h). En tal caso, dispone la norma que la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Se trata, pues, de una sanción que no es desconocida en nuestro Derecho.

<sup>25</sup>ARROYO AMAYUELAS, E., "La política del préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 149, 2018, Proview. ÁLVAREZ LATA, N. Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014, p. 611.



convirtió la falta de liquidez de las entidades en falta de solvencia. Todo terminó con un rescate bancario con dinero público que invita a las entidades sistémicas a actuar en situación de riesgo moral. No digo que no sea importante atajar los abusos en la contratación bancaria y favorecer la seguridad jurídica, pero es muy censurable que la LCCI se focalice en ellos y olvide dar una regulación adecuada a los aspectos relevantes y novedosos que había que introducir de la mano de la DCI.

Si se observa la tramitación parlamentaria de la LCCI se puede comprobar la reticencia del legislador español a regular la obligación de evaluar la solvencia. De hecho, en la disposición final undécima del Anteproyecto de LCCI, se remitía a desarrollo reglamentario "las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario". Se quería esquivar la regulación de uno de los aspectos claves de la reforma, algo que afortunadamente ya denunció el Consejo de Estado en el Dictamen sobre el Anteproyecto, que señaló que debía introducirse en el Proyecto la regulación en materia de evaluación de la solvencia no pudiendo remitirse a desarrollo reglamentario<sup>26</sup>.

Cabe preguntarse por qué esta reticencia del legislador para diseñar un régimen adecuado sobre la obligación de evaluar la solvencia. Hay un dato revelador que me parece oportuno aportar pues, a mi juicio, justifica que el sobreendeudamiento se haya convertido prácticamente en política pública. Me refiero al problema, no exclusivo de España, de la falta de reflejo del crecimiento del PIB en el incremento de los salarios. Las cifras muestran esta distancia entre el aumento de la productividad no se refleja en los salarios<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup>Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Crédito Inmobiliario de 14 de septiembre de 2017 [http://servicios.mpr.es/seacyb/search\\_def\\_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%A2%7F%8B%99uk%81ol%A3%93](http://servicios.mpr.es/seacyb/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%A2%7F%8B%99uk%81ol%A3%93) p. 91. (Consultado el 2 de marzo de 2019). También el Informe del Consejo General de Poder Judicial se denunció este aspecto y recalcó que las normas sobre evaluación de la solvencia afectan al contenido de la relación contractual y no solo a la regulación del sector: "Las normas de evaluación económica del prestatario, sobre la base de una adecuada correlación entre el capital prestado y la capacidad económica de este para devolverlo, de especial importancia para la concesión del crédito o préstamo y para la debida ejecución del contrato, así como para la estimación del riesgo derivado del mismo, presentan aspectos que afectan a la regulación del sector y al orden público económico, pero también al propio contenido de la propia relación contractual, y ahí, junto con la finalidad de armonización normativa, encuentra la necesidad de que las reglas sobre la evaluación se contengan en la norma legal llamada a transponer la Directiva". P. 66. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario> (Consultado el 3 de marzo de 2019).

<sup>27</sup>Según datos de la Comisión Europea (AMECO 2018), entre 2000 y 2016 la evolución de los salarios fue inferior a la de la productividad en la UE y en 14 Estados miembros. Así, en la media de los países de la UE (28) la productividad laboral (en términos de PIB/trabajadores) en 2016 era un 10,5 por ciento superior en términos reales a la de 2000, mientras que la compensación real en el mismo período sólo aumentó un 2,45 por ciento. El aumento de la productividad real fue más de cuatro veces superior al de los salarios reales, lo que significa que tres cuartas partes del crecimiento de la productividad laboral alcanzado no se pagó en forma de salarios. *Vid.* más datos recogidos en el informe elaborado por SCHWELLNUS, C., KAPPLER, A., y PIONNIER, A., "Decoupling of wages from productivity: macro-level facts economics Department". *Working paper* n.º 1373, ECO/WKP (2017) 5. Con todo, esta descompensación entre productividad y salarios no es nueva y arranca de los años 70 tal y como explican BIVENS, J. Y LAWRENCE M., "Understanding the Historic Divergence Between Productivity and a Typical Worker's Pay Why It Matters and Why It's Real", Economic

Si el consumo privado constituye la mayor parte de la demanda agregada, la única explicación posible de incremento del consumo en un contexto en el que los salarios son bajos, es a través del sobreendeudamiento. Éste se convierte en la única vía para que los ciudadanos puedan adquirir bienes y servicios a pesar de contar con ingresos bajos. Los gobiernos incentivan el sobreendeudamiento (no el endeudamiento) para favorecer el crecimiento económico a corto plazo, por más que al mismo le sigan crisis financieras cíclicas que se tornan inevitables desde este planteamiento.

La progresiva pérdida de protagonismo de las rentas de trabajo en el crecimiento económico es un fenómeno global, no exclusivo de España que arranca de los años 70 y obedece a múltiples causas<sup>28</sup>. Una de sus consecuencias relevantes es, como he señalado, la importancia que ha adquirido el endeudamiento como sostén del consumo y de la demanda interna. El problema del sobreendeudamiento hipotecario, es fruto de este cambio de paradigma, del mayor peso de las rentas de capital en detrimento de las de trabajo en el crecimiento económico, lo que genera crisis y desigualdad. Por ello, una ley como la LCCI no puede alterar ni paliar un problema estructural como es el sobreendeudamiento que se ha convertido en el único camino para que persista el crecimiento sin subir los salarios. Los gobiernos no pueden castigar severamente el préstamo irresponsable porque ello compromete el crecimiento económico si las empresas no suben los salarios de los trabajadores<sup>29</sup>. La expansión crediticia se ha convertido en

---

Policy Institute Briefing paper 406 <https://www.epi.org/publication/understanding-the-historic-divergence-between-productivity-and-a-typical-workers-pay-why-it-matters-and-why-its-real/> (Consultado el 15 de noviembre de 2019). Como señalan los autores últimamente citados y con base en datos extraídos de la economía americana, la productividad neta creció un 72,2 por ciento entre 1973 y 2014. Sin embargo, la compensación por hora (ajustada por inflación) del trabajador medio aumentó sólo un 8,7 por ciento, o un 0,20 por ciento anual, durante este mismo período, y esencialmente todo el crecimiento se produjo entre 1995 y 2002.

<sup>28</sup>Como señala VIZÁN RODRÍGUEZ, C., “La caída del peso económico de las rentas del trabajo”, en *Zoeoconómico*, 2018-2, [https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/67191fa0e178c4-aff9bca00189d2210a.pdf](https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/67191fa0e178c4-aff9bca00189d2210a.pdf) (Consultado el 20 de octubre de 2019), una de las causas que se han destacado es la creciente *financiarización de la economía*. El hecho de que los principales accionistas de las grandes empresas sean inversores institucionales (fondos de inversión, fondos de pensiones y de seguros, *hedge funds*, etc.) que buscan rentabilidad a corto plazo, así como que una parte importante de la retribución de los directores ejecutivos de las empresas esté ligada al precio de las acciones, está llevando a un cambio de orientación en la política empresarial, de la denominada *stakeholder value orientation* a la *shareholder value orientation*. Esto significa que se estaría produciendo una reducción muy acusada del porcentaje de beneficios que se reinvierte en la actividad productiva de la empresa, en forma de inversión en capital físico y humano (lo que sí redundaría en aumentos del empleo y el desarrollo a largo plazo de los territorios), a favor de operaciones financieras tendentes a maximizar los beneficios a corto plazo para los accionistas, como el reparto de dividendos o la compra de acciones de la propia empresa para aumentar su precio a corto plazo.

<sup>29</sup>De hecho, en un contexto de tipos de interés negativos, la inversión más razonable de los beneficios empresariales sería la que recae en recursos humanos. Ya el Gobierno actual ha incentivado la medida ordenando la subida del salario mínimo interprofesional. No hay mejor forma de prevenir el sobreendeudamiento y crisis financieras que la subida salarial. Destacan este aspecto, LAVOIE, M. y STOCKHAMMER, E., *Wage-led Growth: Concept, Theories and Policies* en *Marc Lavoie and Engelbert Stockhammer* (ed.) “Wage-led Growth: An Equitable Strategy for Economic Recovery”, 2013,

soporte del modelo económico<sup>30</sup> Por eso, a mi juicio, la regulación del préstamo responsable en la LCCI es deficiente. Si nos preguntamos si la LCCI ayudará a prevenir otra crisis financiera<sup>31</sup> la respuesta, a mi juicio, es que no. En las siguientes páginas explicaré por qué.

## **II Precisión terminológica: evaluación de riesgo de crédito y evaluación de la solvencia**

Aunque muchas veces se utilizan como términos sinónimos, desde el punto de vista técnico no es lo mismo evaluar el riesgo de crédito que evaluar la solvencia del potencial prestatario.

Cuando se evalúa el riesgo de crédito sólo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista. El punto de vista que se valora es el del acreedor. Por el contrario, cuando se trata de evaluar la solvencia (concesión responsable de crédito) se pretende tener en cuenta la operación crediticia desde la perspectiva del potencial prestatario, el grado de esfuerzo que le puede suponer el pago del préstamo. Por ello, la evaluación del riesgo de crédito no es un mecanismo de prevención del sobreendeudamiento, sino de protección del derecho de crédito del prestamista<sup>32</sup>. La evaluación de la solvencia tiene en cuenta la doble perspectiva: acreedor y deudor atendiendo al grado de esfuerzo que el deudor debe realizar para devolver el préstamo en las condiciones previstas.

---

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/genericdocument/wcms\\_234602.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/genericdocument/wcms_234602.pdf) (Consultado el 20 de octubre de 2019).

<sup>30</sup>Burton, D., *Credit and consumer society*, Nueva York, 2008, p. 29.

<sup>31</sup>No hay que olvidar que también contribuyen al préstamo responsable la normativa en materia de requerimientos de capital Las medidas destinadas a robustecer la solvencia de los bancos (tras las recomendaciones del Comité de Supervisión bancaria de Basilea (Basilea III) se han implementado en la UE a través del marco jurídico que regula el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (Directiva 2013/36/UE y en el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 26 de junio de 2013). Nuestra regulación se ha adaptado a tal normativa a través de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su desarrollo llevado a cabo por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Tal adaptación se ha consumado con la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del Ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) núm. 575/2013. (BOE de 9 de febrero)

<sup>32</sup>Esta diferencia se destaca en el informe del FINANCIAL SERVICES USER GROUP, “Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive”,

[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf) (Consultado el 3 de junio de 2019). Véase también esta delimitación en el informe realizado por ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), “Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry”. 6 de noviembre de 2018 <https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf> (Consultado el 20 de octubre de 2019).

Así como en la Ley de Crédito al Consumo<sup>33</sup> y en LCCI se habla de obligación de evaluar la solvencia, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFFE) se refiere a la evaluación del riesgo de los proyectos llevada a cabo por las plataformas de financiación participativa (art. 51.2 b)). Ello es razonable pues las plataformas no asumen el riesgo de crédito ni tienen obligación de conceder préstamos de manera responsable. Evitar el sobreendeudamiento del promotor de la financiación no es uno de sus objetivos<sup>34</sup>.

En suma, la evaluación de la solvencia es un concepto más amplio, que engloba la de evaluar el riesgo de crédito y el objetivo es no solo proteger la solvencia del prestamista sino proteger al prestatario del impacto negativo que se deriva del hecho de asumir un pasivo que no va a poder pagar. No basta analizar que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones. Hay que dar un paso más y ver en qué condiciones el prestatario cumplirá el contrato. Se incumple esta obligación cuando, pudiendo cumplir el deudor, lo hace en condiciones extremas, descuidando otras necesidades básicas. Lo razonable para una mejor medición del grado de cumplimiento es que se impongan ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55 de la DCI se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembros la decisión de incorporarlos a su regulación. Nada de esto se ha hecho, como veremos en la LCCI. El único límite se encuentra en el art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario<sup>35</sup>.

### **III Concepto, naturaleza y caracteres de la obligación de evaluar la solvencia**

El art. 4.16 de la LCCI, define la evaluación de la solvencia como *“la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo”*. Al igual que hace el art. 4.17 DCI, se debe evaluar la capacidad de reembolso del prestatario sin que se pueda atender de manera exclusiva al valor del inmueble y su previsible revalorización, como criterio determinante para evaluar la solvencia (Considerando 55 DCI). Es esto lo que se quiere expresar con la mencionada definición.

Las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones dependen de dos variables: la capacidad de pago y la voluntad de pago<sup>36</sup>. La primera se mide de acuerdo con la entidad de patrimonio del deudor y el pasivo ya asumido por este. La incapacidad de pago puede

---

<sup>33</sup>Art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

<sup>34</sup>Más extensamente, CUENA CASAS, M., *Las Fintech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, Ed. Reus, 2019.

<sup>35</sup>*El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años.*

<sup>36</sup>No en vano la palabra crédito procede del latín *creditus* (del verbo *credere*) que significa creer, confiar. El concepto, desde su raíz etimológica, se basa en la confianza que se deposita, sobre el cumplimiento de la obligación o promesa de pago de un deudor.

ser inicial, presente ya en el momento de la concesión del préstamo, o sobrevenida por el acaecimiento de circunstancias (paro, divorcios, enfermedades) imprevisibles e inevitables, que llevan al deudor a situación de insolvencia con incumplimiento generalizado de sus obligaciones. Este último supuesto no puede ser valorado ni medido por el prestamista y, por ello se ha dicho que la incertidumbre es el principal obstáculo del mercado de crédito<sup>37</sup>. Poco puede hacer el departamento de riesgos de una entidad para evitar que tales circunstancias sobrevengan, salvo que las mismas fueran ya previsibles en el momento de la concesión del préstamo. Por lo tanto, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no es un instrumento hábil para solucionar los problemas que se derivan del *sobreendeudamiento pasivo*.

En lo que se refiere a los casos de incumplimiento por falta de voluntad de pago, la misma se puede valorar en cierta medida a través de los ficheros de solvencia patrimonial, es decir, a través del comportamiento de pago pasado, pero siendo este relevante, aun habiendo sido este comportamiento negativo, puede no ser decisivo si el mismo se ha producido por circunstancias exógenas. La regulación de la obligación de evaluar la solvencia actúa como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento *en los casos de falta de capacidad de pago en el momento de la concesión del préstamo*. Esto significa que el adecuado cumplimiento de tal obligación no previene todos los supuestos de impago y, por lo tanto, no todo incumplimiento de la obligación por parte del prestatario implica que el prestamista incumplió sus obligaciones de préstamo responsable, en el sentido de realizar una adecuada valoración de la solvencia. *Solo cuando el deudor deviene insolvente por consecuencia de una incapacidad de pago ya presente o previsible en el momento de la concesión del préstamo* podría cuestionarse la actuación del prestamista en este terreno. Por otro lado, y como justificaré seguidamente, una irregular o inexistente evaluación de la solvencia que no genera situaciones de incumplimiento, tampoco debería tener consecuencias si se quiere preservar la esencia del negocio bancario.

En relación con su *naturaleza*, la obligación de evaluar la solvencia exige valorar las perspectivas de cumplimiento del prestatario para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. El mercado de crédito opera con información asimétrica por lo que no es posible exigir al prestamista la certeza acerca de la capacidad de pago del deudor. Desde este punto de vista, puede considerarse una obligación de medios<sup>38</sup>: el prestamista debe hacer todo lo posible, con base en su diligencia profesional, por asegurarse de que el prestatario tiene capacidad de pago para reembolsar el préstamo. Obviamente, no es un resultado exigible al prestamista que efectivamente el cliente cumpla con sus obligaciones. Basta que se asegure de que potencialmente está en disposición de cumplir, sin que ello

---

<sup>37</sup>RONA-TAS, Akos y GIUSEVA, Alya, (2013) "Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe", *Journal of Comparative economics*, 41(2), 420.

<sup>38</sup>Así lo entiende en relación con la regulación contenida en la LCC, ORDÁS ALONSO, M, "Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio", Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi, 146. ÁLVAREZ OLALLA, *op.cit.*, p. 773. MELERO BOSCH, L., "El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, n.º 155, 2019, (*Proview*). SÁENZ DE JUBERA, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 147.

suponga un desmedido esfuerzo para el prestatario. Ahí reside, como he dicho la diferencia entre evaluación de riesgo de crédito y de solvencia.

No obstante, desde otra perspectiva, la realización de todas las operaciones necesarias para comprobar la capacidad de pago del prestatario puede configurarse como una obligación de resultado: o se evalúa o no se evalúa<sup>39</sup>. En este sentido, el prestamista incumple su obligación cuando, por ejemplo, no haya recabado toda la información necesaria para realizar tal evaluación (art. 20.1 DCI), no haya realizado una tasación del inmueble con arreglo a los criterios legales (art. 19 DCI) o no se hubiera tenido en cuenta la capacidad de reembolso o solo el valor del bien hipotecado (art. 18.3 DCI), o no se hubieran consultado las bases de datos de solvencia patrimonial, tal y como veremos, ordena el art. 12 LCCI. El prestamista debe realizar la evaluación en la forma prevista legalmente. Sí es un resultado exigible el que realice una evaluación con arreglo a los procedimientos legales y consultando los datos preceptivos.

Y ello al margen de que cómo se desarrolle posteriormente la ejecución del contrato, de que el deudor cumpla o no finalmente con sus obligaciones. Es más, hay que tener presente, que el mercado de crédito opera con información asimétrica y el sistema de información crediticia español presenta deficiencias notables, como explicaré posteriormente, por lo cual es factible que el prestamista, utilizando la información a su alcance, el resultado de la evaluación arroje un resultado positivo, a pesar de que el deudor presente incapacidad de pago. Si el prestamista ha cumplido las normas específicas de gestión de riesgos y control interno que le son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica a las que haré mención posteriormente, entiendo que tampoco el prestamista habrá incumplido su obligación legal de conceder el préstamo de manera responsable. Por eso, el que exista información asimétrica en el mercado de crédito, en cierto modo blindada a los prestamistas frente a reclamaciones por préstamo irresponsable. Si faltan datos en el sistema al que puedan acceder, la incapacidad de pago inicial del prestatario no será imputable al prestamista, sino al defectuoso sistema de información crediticia. Cuantos más datos de solvencia fluyan, más fácil es controlar el grado de cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y más eficiente es como mecanismo de prevención de sobreendeudamiento privado, con más datos, más fiable será el resultado en tanto a lo referente a la capacidad de pago. La voluntad de pago siempre es más compleja de adivinar, como veremos.

---

<sup>39</sup>MARÍN LÓPEZ, M.J., “La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario” en Carrasco Perera A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. DÍAZ-ALABART, S. (2015), “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia”, en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, p. 230. A su juicio, La norma no pide el simple desarrollo de una actividad profesional, sino que precisamente por esta profesionalidad debe alcanzar un resultado adecuado; esto es una evaluación de solvencia bien hecha. No basta con que se informe suficientemente, sino que se obtenga conforme a la *lex artis* de los profesionales del crédito un resultado en cuanto a las probabilidades de devolver el préstamo

La obligación de evaluar la solvencia se caracteriza por ser una *obligación precontractual* que debe cumplirse antes de la suscripción del contrato. No se desnaturaliza su condición de obligación precontractual por el hecho de que, tal y como dispone el artículo 18.6 DCI, sea exigible una reevaluación de la solvencia con base en información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de crédito, a menos que dicho crédito adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial.

Se trata de una *obligación imperativa* a la que ningún prestamista puede renunciar. El carácter imperativo ya se deduce del art. 18.1 DCI y es más evidente en el art. 11.1 LCCI que dispone que “los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia (...)”. En entidades financieras parecía obvia esta obligación en su vertiente de evaluación de riesgo, en tanto captan recursos del público y puede producirse el descalce de plazos al que he hecho alusión. La novedad como he dicho es que esta obligación es imperativa incluso para entidades no supervisadas que no captan recursos del público y comprometen fondos de su balance (*balance sheet*). Esto evidencia el papel de esta obligación como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento privado y no como instrumento de protección de la entidad.

El carácter imperativo es básico pues no puede dejar de realizarse la evaluación, aunque existan garantías externas como fiadores o avales, seguro de crédito y, por supuesto, cuando el valor del inmueble es muy superior a la deuda garantizada.

Hay que tener en cuenta la norma contenida en el art. 18.4 OTSB que dispone que “*en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios*”. Para los prestamistas incluidos en el ámbito de aplicación de la OTSB, esa norma operará. Para los excluidos no hace falta establecerla precisamente porque por el carácter imperativo de la obligación de evaluar la solvencia ésta no cabe excepcionarla. Por otro lado, hay que tener presente que la existencia de un seguro de crédito cubre la eventualidad de un incumplimiento que puede obedecer a razones distintas no presentes en el momento de la evaluación e imprevisibles (paro, divorcio, enfermedad). En estas circunstancias reside precisamente el riesgo de crédito del prestamista, en aquellas que no puede prever y que vendrían a estar cubiertas por un seguro. Pocas compañías cubrirán a un cliente que ya carece de capacidad de reembolso en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, difícilmente puede darse la hipótesis que contempla el art. 18.4 OTSB. En cualquier caso, aunque nada diga la LCCI, por lo dicho, si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso y tan solo se limita a exigir un seguro, habrá incumplido su obligación de evaluar la solvencia. La existencia de aquél no afecta a la necesidad de cumplimiento de su obligación.

Lo mismo cabe decir de la existencia de fiadores o garantes. La diligencia profesional con la que el prestamista debe cumplir con su obligación de evaluar la solvencia es la misma, aunque el deudor aporte garantes o fiadores. El test de solvencia positivo no puede

descansar en la existencia de garantías adicionales<sup>40</sup>. Las garantías constituyen un refuerzo del derecho de crédito que palía la posibilidad de incumplimiento fundamentalmente por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo). Reitero lo dicho para el caso del seguro. No parece razonable que un tercero garantice a un deudor que en el momento de la constitución de la obligación ya no parece solvente. No obstante, vínculos afectivos pueden invitar a esta conducta irracional. Si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso del deudor y se limita a pedir garantías, habrá incumplido su obligación.

Con el régimen de la evaluación de la solvencia no se trata de blindar al prestamista ante un eventual incumplimiento del deudor, sino de evitar el sobreendeudamiento del cliente. Por eso, el que esté protegido el prestamista con seguros y garantes, no supone que se haya evitado el sobreendeudamiento privado que es otra de las finalidades de la nueva regulación en materia de evaluación de la solvencia. Ello a pesar de que el legislador español, a mi juicio, no se haya percatado de este cambio de enfoque<sup>41</sup>.

No se trata de una obligación de contenido flexible, como se ha dicho<sup>42</sup>. El prestamista debe llevar a cabo los procedimientos legales para la evaluación de la solvencia. Cosa distinta es que, por tratarse de un cliente previo, el prestamista tenga un conocimiento mayor del mismo y no sea necesario solicitar datos que la entidad prestamista ya tiene. No obstante, la consulta de bases de datos será preceptiva en todo caso, aunque se trate de un cliente propio (art. 12.1. LCCI). El prestamista no puede relajar el cumplimiento de esta obligación por el hecho de que se trate de un cliente propio.

La DCI no entra en el tema de si los gastos de evaluación de la solvencia deben ser gratuitos o no. El art. 11.2 LCCI sí aclara que el “coste en ningún caso podrá repercutirse al potencial prestatario”. Esto está claro cuando el resultado de la evaluación es negativa y el prestamista decide no contratar. En el caso de que se formalice el contrato, los costes que ha supuesto la evaluación de la solvencia para el prestamista parece que podrían incluirse en la comisión de apertura a que se refiere el art. 14.4 LCCI<sup>43</sup>. De ser esto así, la prohibición contenida en el art. 11.2. LCCI no tendría prácticamente campo de aplicación y se reduciría al absurdo de entender que no se puede cobrar una comisión específica, pero sí incluirlo en la de apertura<sup>44</sup>. A mi juicio, la prohibición del art. 11.2 es taxativa y en ningún caso (ya sea

---

<sup>40</sup>Así se recoge en el Anejo 6 de la Circular 5/2012 cuando dispone que la capacidad de reembolso del deudor “se estimará bajo el supuesto de la utilización de las fuentes de renta habituales del prestatario, sin depender de avalistas, fiadores o activos ofrecidos en garantía, que deberán ser siempre considerados como una segunda y excepcional vía de recobro para cuando haya fallado la primera”.

<sup>41</sup>Por eso es ridícula la oferta electoralista realizada por algún partido político que propone que el Estado avale a los jóvenes para que las entidades financieras concedan un préstamo por el 100% del precio de la vivienda. <http://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/10160221/10/19/El-PP-propone-aval-ar-a-los-jovenes-para-que-los-bancos-den-hipotecas-al-100-.html> (Consultado el 20 de octubre de 2019).

<sup>42</sup>MARÍN LÓPEZ. M.J. *La obligación de evaluar la solvencia...*, cit., p. 222.

<sup>43</sup>“Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”.

<sup>44</sup>Así lo entiende, MARÍN LÓPEZ. M.J. *La obligación de evaluar la solvencia...*, cit., p. 223.



la evaluación positiva o negativa) puede repercutirse al prestatario los gastos de evaluación de la solvencia. El problema es cómo se pueden identificar los gastos que el prestamista incluye en la comisión de apertura de manera que se pueda controlar que no se están repercutiendo los gastos de evaluación de la solvencia.

De hecho, una partida importante de la comisión de apertura es precisamente el coste de la evaluación de la solvencia, tal y como se señaló en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (RJ 2019/114): estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc

Pero conviene destacar que la sentencia citada en la que se enjuiciaba la abusividad de la cláusula que establecía la comisión de apertura, se dispone que “no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo”. Pues bien, entiendo que tras la aprobación de la LCCI y en virtud de lo dispuesto en el art. 11.2, el prestamista sí debe probar y desglosar los aspectos que se incluyen en la comisión de apertura y el TS deberá matizar su posición dictada en tal sentencia plenaria. La autorización concedida en el art. 14.4 LCCI para cobrar una comisión de apertura de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, debe excluir los gastos para la evaluación de la solvencia, lo cual vaciará prácticamente de contenido los gastos que se pueden incluir en la comisión de apertura...

#### **IV Líneas generales de la regulación de la obligación de evaluar la solvencia en la Directiva 2014/17**

La Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 (DCI), al igual que ya hiciera la DCC, aborda una regulación específica de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia con el objeto de proteger a los consumidores<sup>45</sup>.

La normativa en materia de evaluación de la solvencia en la DCI es más desarrollada y distinta de la contenida en la DCC<sup>46</sup>. Las diferencias entre ambas regulaciones son sorprendentes y, a mi juicio, carentes de justificación en algunos aspectos. El planteamiento

---

<sup>45</sup>MAK, V, (2015) "What is responsible lending= The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands", Journal Consum Policy, núm. 38, 411.

<sup>46</sup>Así, por ejemplo, destaca la falta de referencia en la DCC a lo que acontece cuando el test de solvencia es negativo. Aspecto sobre el que sí se pronuncia la DCI [art. 18.5 a)].

de la obligación de evaluar la solvencia debería ser el mismo en el terreno de los principios, por más que en el ámbito hipotecario cuente con especificaciones propias de sus particularidades<sup>47</sup>.

El objetivo de la DCI es "facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable" (considerando 5). La finalidad es, pues, conseguir "un nivel elevado de protección de los consumidores" (considerando 6). No se trata, a mi juicio, como en las normas de conducta y transparencia bancaria de proteger solo un interés general, sino que la DCI da un paso más y es la necesidad de tutelar el interés particular de los consumidores. Por ello no creo, como se ha dicho, que la DCI contenga solo normas de conducta o deberes de actuación que los Estados miembros deban imponer a los prestamistas e intermediarios financieros constituyendo Derecho público económico<sup>48</sup>. La protección del consumidor, objetivo último de la DCI, implica, a mi juicio, que sus consecuencias exceden del ámbito las normas prudenciales y debe implicar también medidas en el orden contractual, pues poca protección al consumidor se brinda cuando el incumplimiento de las obligaciones que la norma impone a los prestamistas solo es objeto de sanciones administrativas, con nulo impacto en la esfera contractual del consumidor. Es más, entiendo que se vulnera la DCI cuando un Estado dicta normas de protección del consumidor frente a cuyo incumplimiento solo caben sanciones administrativas. La DCI contiene normas de conducta (art 7 DCI), *pero no solo normas de conducta*. Se traslada el concepto de préstamo responsable, al igual que

---

<sup>47</sup>En este sentido, RAMSAY, I. (2016) Changing policy paradigms o EU consumer credit and debt regulation, en: LECZYKIEWCZ, D. y WEATHERILL, S. (ed) *The Image of the Consumer in EU Law*. Hart, Bloomsbury., 171, quien se muestra crítico con las diferencias de regulación de la obligación de evaluar la solvencia en la DCC y en la DCI, y, particularmente con la mayor exigencia en materia de crédito hipotecario en relación con los deberes de préstamo responsable. A su juicio, consumidores con bajos ingresos usan más el crédito al consumo sin garantía y con altos tipos de interés. Los problemas de préstamo irresponsable son particularmente graves y están asociados altos tipos de interés en los préstamos rápidos (*payday loans*).

<sup>48</sup>En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, A. (2014) "La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario". En Alcalá Díaz, M. Á. (Dir.), *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, Madrid, Dykinson, 51. A su juicio, la DCI "se orienta fundamentalmente a establecer criterios y reglas a partir de las cuales los Estados miembros han de disciplinar la actuación de los sujetos intervinientes en el mercado hipotecario, sin incluir por tanto normas estrictamente de Derecho privado dirigidas a regular la relación jurídica que se establece entre los particulares que concluyen el contrato de préstamo". En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. "Una invitación a los Estados miembro de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos de adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)". *Revista de Derecho*, 3 Civil. vol. 2, núm. 2, 2015, p. 19. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/126>, 3 "Aunque la Directiva contiene medidas con las que se puede combatir la irresponsabilidad en la concesión de préstamos, se quedan en medidas de conducta que no trascienden realmente al contrato de crédito". La DCI no establece las sanciones por incumplimiento, pero ello no significa que no puedan los Estados establecer sanciones contractuales. Como señalaré posteriormente, los Estados deben establecer consecuencias contractuales porque de lo contrario no serán disuasorias las sanciones.

ya hiciera la DCC, desde el Derecho de supervisión a las normas de protección de consumidores<sup>49</sup>.

Este cambio de perspectiva no sería real si las sanciones por incumplimiento de tales deberes son los mismos que si se trata de normas de supervisión. De hecho, en el Considerando 83 se dispone que "*los estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal*".

La obligación de evaluar la solvencia se pone como ejemplo, y entiendo que la referencia solo a los prestatarios también. La actuación de los prestamistas también puede ser censurada desde el ámbito contractual. Entender lo contrario, supone que no hemos avanzado nada respecto de la regulación anterior a la crisis financiera en la que también eran normas prudenciales las que regulaban la concesión de préstamos, controladas por un supervisor bancario que no actuó. Las normas deben ser interpretadas de acuerdo con su finalidad que no es otra, en el ámbito de la DCI que la protección de los consumidores. Las normas prudenciales, como he dicho, protegen la solvencia de la entidad y, mediatamente, a los consumidores al fomentar la estabilidad del sistema financiero, pero no van dirigidas directamente a tutelar los intereses de estos<sup>50</sup>. Es, por ello, clara la vinculación económica de la estabilidad y solvencia del sistema financiero como interés público con una exigencia protectora del interés privado. Pero, a mi juicio, si lo que se quiere proteger directamente es el interés de los consumidores, no bastan normas prudenciales, de transparencia bancaria controlables por un supervisor. De hecho, como es sabido, las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, no son siquiera vinculantes para las entidades.

Pues bien, la clave es el mecanismo sancionador y este es dejado en manos de los Estados miembros que deben establecer por el incumplimiento de las disposiciones nacionales que transpongan la DCI. Lo que, a mi juicio, es claro es que la DCI no prejuzga si ese mecanismo sancionador debe ser a través de normativa prudencial o de derecho privado. Basta que las medidas sean *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (art. 38 DCI).

Con carácter general se entiende<sup>51</sup> que una normativa sancionadora es "efectiva" cuando la imposición de la sanción prevista (y, en consecuencia, la realización de los objetivos exigidos por el Derecho comunitario) no sea imposible en la práctica o excesivamente difícil. Una sanción es "disuasoria" cuando impide al particular infringir las disposiciones y finalidades perseguidas por el Derecho comunitario. En este contexto no

---

<sup>49</sup>GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014) La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, en Prats Albentosa, L. y Cuenca Casas, M. (Coord.), Préstamo responsable y ficheros de solvencia, Thomson Reuters Aranzadi, 208.

<sup>50</sup>ALBIEZ DOHRMANN, K, (2015), *op.cit.*, p. 8.

<sup>51</sup>Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, de 14 de octubre de 2004, en los asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Silvio Berlusconi y otros. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CC0387:ES:PDF.n.º 88, 89 y 90>.

sólo son determinantes la naturaleza y el grado de la sanción, sino también la probabilidad de que ésta se imponga. Desde este punto de vista, el carácter disuasorio y el efectivo coinciden.

Y, por último, se considera que una sanción es *proporcionada* cuando es apropiada (es decir, en particular, *efectiva* y *disuasoria*) y además necesaria para lograr los objetivos legítimamente perseguidos. Cuando se ofrezca una elección entre varias medidas (igualmente) adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa. Además, los efectos de la sanción sobre el afectado deben ser proporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. Las sanciones administrativas son de una cuantía que puede ser desproporcionadamente baja (art. 47 LCCI) en relación con las ganancias que la entidad financiera puede ganar con el préstamo de alto riesgo y su titulización. La entidad gana, claro está, a corto plazo, pues a largo ya hemos visto las consecuencias.

La cuestión de si una disposición nacional establece una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria ha sido abordado por el TJUE<sup>52</sup> en relación con la obligación de evaluar la solvencia en la DCC que reproduce el mismo esquema de sanciones administrativas ante el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Se enjuicia si es disuasoria la sanción de pérdida de intereses remuneratorios prevista en el Derecho francés (artículo L. 31148, párrafo segundo, del Código de consumo) para el caso de que el prestamista no hubiera evaluado la solvencia. En el caso que enjuicia la sentencia, el prestamista no había realizado la preceptiva consulta a bases de datos de solvencia patrimonial. Según ha declarado, la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que castigan, garantizando un efecto realmente disuasorio y respetando al mismo tiempo el principio general de proporcionalidad. En el caso enjuiciado, considera que la aplicación de la sanción de privación de los intereses convencionales no es disuasoria porque puede conferir un beneficio al prestamista, dado que los importes de los que se le priva son inferiores a los resultantes de la aplicación de los intereses al tipo legal incrementado.

Entiendo que las sanciones administrativas establecidas en la legislación prudencial no son ni efectivas, ni proporcionadas, ni disuasorias. La crisis financiera ha demostrado su falta de eficacia práctica. El supervisor puede no actuar, y tampoco el consumidor tiene estímulo a poner en marcha el mecanismo sancionador, en tanto que no tiene repercusión en el contrato que media con la entidad financiera. Si la irresponsabilidad en la concesión del préstamo no tiene repercusión ni en el procedimiento de ejecución singular, ni colectivo (concurso de acreedores), el deudor no tiene ningún incentivo a poner en marcha tal mecanismo sancionador, sobre todo, en casos en los que se encuentra en situación de insolvencia. Hay, pues, poca probabilidad de que se impongan las sanciones administrativas y, por eso, según lo explicado, la sanción es disuasoria.

El último inciso del Considerando 21 podría hacer pensar que la transposición de la DCI sólo puede y debe hacerse desde la normativa prudencial y de transparencia. Así, se

---

<sup>52</sup>TJUE (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, en el asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA y Fesih Kalhan. Apartado 52.

señala que "*la presente Directiva no debe afectar a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo, a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en la presente Directiva*". Desde el momento en el que la DCI no entra en el terreno sancionador, es obvio que el Derecho contractual privado no se ve directamente afectado por ella. Pero ello no significa que su transposición no pueda afectar al Derecho privado. Lo que pasa es que en este terreno no hay armonización. De hecho, veremos cómo la transposición que de la DCI se ha hecho en algunos países, se ha llevado a cabo desde el Derecho privado. La DCI es de mínimos y nada impide que los Estados entren en el ámbito contractual. Yo voy más allá: se debe entrar en el ámbito contractual para que las sanciones sean efectivas o disuasorias. La protección del consumidor solo puede tutelarse directamente (no como mero reflejo de la tutela pública de la estabilidad del sistema financiero), desde su propio contrato celebrado con la entidad financiera.

El capítulo VI de la DCI (arts. 18-20) se dedica a la evaluación de la solvencia. El artículo 18 DCI se dedica específicamente a regular la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, el artículo 19 se refiere a la tasación de inmuebles y el art. 20 se ocupa de la información que debe tener en cuenta el prestamista para efectuar la evaluación de la solvencia. El art. 21, fuera del capítulo VI se ocupa del acceso a las bases de datos de información crediticia, públicas o privadas. Como he adelantado, no se prevé en la DCI sanción específica para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, siendo aplicable el artículo 38 DCI que se remite a la regulación que en su caso lleven a cabo los Estados miembro, imponiendo como único límite el que estas sanciones deben ser "*efectivas, proporcionadas y disuasorias*".

Por su parte, el artículo 7.3 DCI establece los principios que deben seguirse en la remuneración de los responsables de la evaluación de la solvencia, de forma que esta no dependa de las solicitudes aceptadas, de forma que no se incentive la asunción de riesgos.

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

Si algo caracteriza a la regulación europea es la indefinición y la escasa armonización que con la misma se va a lograr. Está plagada de conceptos jurídicos indeterminados y solo en aspectos muy concretos se impone la armonización (art. 2.2 DCI)<sup>53</sup>. El sistema diseñado

---

<sup>53</sup>(...) Los Estados miembro no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el artículo 14, apartado 2, y el anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), y

por la DCI, al igual que ya sucediera con la DCC, se produce más en el terreno de los principios que en el de medidas concretas y efectivas. Prueba del tono vago que se emplea es la norma contenida en el artículo 28.1 DCI que dispone que *"los estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución"*. La norma no puede ser más desafortunada y no sé cómo se va a traducir en un precepto legal el "nivel de tolerancia" exigible y que pasará con el prestamista "intolerante" que decida ejecutar el derecho de crédito del que legalmente es titular.

En cuanto a los factores a tener en cuenta en la evaluación, serán los "pertinentes", remitiéndose a la regulación de los Estados miembros. Algunos aspectos son especificados en el Considerando 55: *"Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. en particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo, la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio"*.

Una de las opciones de regulación de la obligación de evaluar la solvencia que facilita la verificación de su cumplimiento<sup>54</sup> es el establecimiento de ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55<sup>55</sup> se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembro la decisión de incorporarlos a su regulación. También el CESE en el dictamen sobre la propuesta de directiva, sugirió la conveniencia de que se impusieran límites objetivos y que los créditos que se concedieran no superaran el 70%-80% del valor del inmueble<sup>56</sup>. A mi juicio, debería haberse avanzado en este terreno y haber impuesto ciertos límites, pudieran ser excepcionados en

---

el artículo 17, apartados 1 a 5, 7 y 8, y el anexo I, por lo que respecta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)".

<sup>54</sup>Así se establece en el informe del Banco Mundial (2013) "Responsible lending. Overview regulatory tools", p. 44. <http://documents.worldbank.org/curated/en/596151468336064796/Responsible-lending-overview-of-regulatory-tools> (Consultado el 20 de octubre de 2019).

<sup>55</sup>"Los Estados miembros deben poder formular orientaciones adicionales sobre los criterios mencionados o criterios adicionales y sobre los métodos aplicables a la hora de evaluar la solvencia de un consumidor, fijando, por ejemplo, límites al ratio préstamo-valor o al ratio préstamo-ingresos".

<sup>56</sup>CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE) en el Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (DO C 318, de 29.10.2011), epígrafes 3.3.8.

determinadas circunstancias. La regulación española, como ya he adelantado, no ha hecho uso de esta posibilidad<sup>57</sup>.

No cabe duda de que cuanto más laxo y abierto sea el procedimiento que específicamente se arbitre a nivel interno de control de riesgos para evaluar la solvencia de los prestatarios, más difícil será la comprobación de su grado de cumplimiento. Por eso, complemento indispensable para una regulación eficiente, es el establecimiento de normas objetivas con ratios de préstamo-valor y ratio préstamo ingresos<sup>58</sup>.

Tampoco la DCI especifica *cómo debe realizarse la evaluación* de la solvencia ni la información en la que debe basarse la misma. Ni siquiera se establece la obligación de los prestamistas de consultar bases de datos de solvencia patrimonial. Los requerimientos de la DCI son sin duda, discretos. El art. 20.1 DCI se limita a señalar que la información debe ser *“suficiente y proporcionada relativa a los ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor”*. La fuente de la información de solvencia radica en el propio consumidor (art. 20.2 DCI), datos de él que puede recabar también el intermediario de crédito por más que el obligado a evaluar la solvencia sea el prestamista. Este es uno de los grandes fallos del sistema: que la información de solvencia patrimonial esté en manos de consumidor que puede engañar sobre su alcance y no puede ser contrastada por el prestamista por no existir a nivel europeo un sistema de información crediticia en donde los prestamistas compartan a bureaus públicos o privados datos de solvencia patrimonial positivos o negativos<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup>Estos límites no se fijan ni en la Circular 5/2012 ni en la Circular 4/2016 que establecen los principios que han de tenerse en cuenta para evaluar la solvencia. La indefinición es llamativa. En el Anejo VI de la Circular 5/2012 en el apartado tercero se señala que la relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía debe ser "prudente". En lo referente a la ratio préstamo-ingresos, en el apartado segundo se señala que "en ningún caso la renta disponible resultante tras atender el servicio de sus deudas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario". La indefinición es total y el margen de maniobra que tiene la entidad es sumamente generoso. Cuanto más laxos sean los criterios, más difícil es la supervisión y el control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Sí se ponen límites en otros países como Reino Unido (45% de los ingresos). Para una visión comparada, vid., ÁLVAREZ OLALLA, P. La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, p. 744.

<sup>58</sup>Buen ejemplo de ello, en el ámbito del crédito al consumo es el artículo 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation de 23 de marzo de 2001* se establece que el prestamista debe medir la capacidad del consumidor para contratar un crédito y se establece un umbral de endeudamiento que el prestamista no puede vulnerar: solo debe tener en cuenta el salario del consumidor y no su patrimonio. De sus rentas de trabajo hay que detraer 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.

<sup>59</sup>Más extensamente, CUENA CASAS, M. Ficheros de solvencia positivos, privacidad y mercado de crédito, en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y*

Cierto que el art. 21 LCI se ocupa de los datos de solvencia patrimonial que constan en bases de datos. Se pretende garantizar el acceso por parte de los prestamistas a bases de datos de cualquier Estado miembro. El problema es que existen importantes diferencias de contenido entre las bases de datos de solvencia dentro de la UE. No hay unificación europea en los datos de solvencia a los que pueden acceder los prestamistas cuando consultan tales bases de datos. Sería precisa una unificación en este terreno porque la información fiable es el principal ingrediente para lograr un préstamo hipotecario transfronterizo.

Lo que sí señala la DCI es que la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble (art. 18.3 DCI), norma ya contenida en el artículo 18.3 nuestra OTSB. Como ya he señalado, las garantías reales y las personales e incluso el seguro de crédito cubren la eventualidad de impago por sobreendeudamiento pasivo, es decir, el propio riesgo de crédito que es que sobrevengan circunstancias que impidan al deudor cumplir con su obligación. Por eso, al igual que el resto de garantías, un exceso de valor del bien inmueble no puede descuidar una adecuada valoración de la capacidad de reembolso. Ésta nada tiene que ver con el valor del inmueble. Hay que tener en cuenta que, con la nueva regulación, si el prestatario no tiene capacidad de reembolso y el inmueble tiene un valor muy superior a la cantidad prestada, el resultado del test de solvencia es negativo. Si el prestamista concede el préstamo se sujetará a las consecuencias en el caso de que el deudor incumpla por consecuencia del sobreendeudamiento activo. El valor de tasación del inmueble no debe ser un ingrediente a tener en cuenta en la valoración de la capacidad de reembolso. Por eso no se hace mención a ella en las Directrices elaboradas por la Autoridad Bancaria Europea.

Precisamente a la tasación de inmuebles se refiere el art. 19 de DCI exigiendo que los Estados miembros establezcan normas fiables de tasación y que velen por su cumplimiento. Se pretende que los tasadores sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva. La DCI no impone que la tasación sea externa, ni impone que el prestamista y el tasador tengan personalidad diferenciada. La imparcialidad y la independencia, a juicio del legislador comunitario, pueden alcanzarse pese a que el tasador se integre en la estructura del prestamista, siempre que no participe en el proceso de concesión del préstamo o crédito o que se garantice de otro modo su independencia<sup>60</sup>.

A mi juicio, la deficiente regulación de la DCI se evidencia en la falta de claridad de la regulación de un aspecto clave: el problema de si se ve afectada la libertad de contratar cuando el prestamista ha evaluado la solvencia y el resultado ha sido negativo. ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de

---

*consumo responsable*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 281-417. PASCUAL HUERTA, P., "Los ficheros positivos. Una visión desde el Derecho comparado", en Cuenca Casas M., y Prats Albentosa, L. (Dir.) *Préstamo responsable y ficheros de solvencia patrimonial* I, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 309-360.

<sup>60</sup>ANDERSON, M., "La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución", Asociación de Profesores de Derecho Civil (Editor), *Vivienda e hipoteca*, Ed. Tecnos, p. 195.



la evaluación? Si esto es así, no podría la entidad financiera tener en cuenta otras variables para la concesión del préstamo hipotecario.

La DCI es más explícita y aparentemente más exigente en este terreno que la DCC, tal y como justifica en el Considerando 22 DCI<sup>61</sup>. El artículo 18.5 DCH dispone que los Estados miembro velarán por que "*el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato*".

El texto de la norma europea es deliberadamente oscuro porque trata probablemente el tema más delicado de la regulación. Y digo esto porque si se observan los antecedentes de la norma, en el artículo 14.2 de la Propuesta de DCI 31 de marzo de 2011<sup>62</sup> disponía que los Estados velarán porque: a) *Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito*. El cambio a la redacción vigente se produce por la enmienda núm. 79 introducida en el Parlamento Europeo. Como se puede apreciar, el texto definitivamente aprobado es menos contundente que el que figuraba en el Anteproyecto. El texto de la DCI, a mi juicio, no establece una prohibición de contratar<sup>63</sup> cuando el resultado del test de solvencia es negativo. Para evitar reiteraciones y dado que el texto del art. 18.5 DCI se reproduce literalmente en el art. 11.5 LCCI, remito mi argumentación al análisis de la norma española.

Adelanto ya que, a mi juicio, el alcance de la DCI se traduce en un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto — insisto— de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo<sup>64</sup>. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales incumplimientos obligan a las entidades a provisionar, al margen de las sanciones impuestas por el supervisor.

---

<sup>61</sup>Se justifica el trato diferenciado en el Considerando 22 "por la necesidad de tomar en consideración las enseñanzas extraídas de la crisis financiera, a fin de garantizar que la emisión de créditos se realice de manera adecuada. A este respecto, resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo".

<sup>62</sup>COM (2011) 142 final, 2011/0062(COD). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013AP0341&from=EN> (Consultado el 24 de octubre de 2019).

<sup>63</sup>Y no soy la única que lo piensa. Vid. Simon, R. "Transposition of the Mortgage Credit Directive into Hungarian and Czech Law – The Problem of Credit Intermediaries", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 3, p. 107. LEGRAND, V., "La normativa francesa", en Albiez Dhorman y Moreno Torres Herrera, M.L., (Dir.) *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, Thomson Aranzadi, 2018, p. 238, aunque para otros la norma es clarísima en el establecimiento de prohibición de contratar por más que falte coherencia en las consecuencias de tal planteamiento. Vid. ARROYO AMAYUELAS, E., "La política del préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 149, 2018, Proview.

<sup>64</sup>En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ OLALLA, P. La obligación de evaluar la solvencia..., *cit.*, 794.

En esta línea, es revelador el Considerando 57 DCH: "*La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo. Los Estados miembro deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia (...)* ". Como se puede apreciar del texto transcrito, se exige a los Estados que tomen medidas en el ámbito de la supervisión para evitar que el prestamista conceda el préstamo ante un test de solvencia negativo.

El alcance de la obligación de evaluar la solvencia fue aclarado por el Comité Económico y Social Europeo: "el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia debería ser evitar el endeudamiento excesivo. *en caso de impago* el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista"<sup>65</sup>.

El sistema debe estar diseñado para que el prestamista responda de las consecuencias de su préstamo irresponsable, pero no para que asuma las consecuencias de toda situación de incumplimiento por parte del deudor. Así lo expresa el Considerando 56 de la DCH: "*la evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*". A mi juicio, la novedad de la regulación es la responsabilidad del prestamista cuando se ha producido una evaluación mediocre de la solvencia, *siempre que el deudor se vea imposibilitado de cumplir sus obligaciones*<sup>66</sup>, lo que presupone que el contrato se ha celebrado y es válido.

A mi juicio, el objetivo de la regulación es crear incentivos, pero no adoptar posturas que desnaturalicen el negocio bancario y cercenen la libertad contractual<sup>67</sup>. El artículo 18.5

---

<sup>65</sup>Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial" COM (2011) 142 final – 2011 /0062(COD), 3.

<sup>66</sup>En este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014) "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", en Cuenca Casas, M. Y Prats Albentosa, L. (Coord.), Préstamo responsable y ficheros de solvencia, Thomson Reuters Aranzadi, P. 208.

<sup>67</sup>La interpretación que propongo es similar al criterio acogido en el artículo 214.4 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre del Mercado de valores en relación con el test de idoneidad en relación con los productos de inversión. Tampoco en este caso se prohíbe la contratación. Dicho precepto establece que "cuando el cliente no proporcione la información indicada en el apartado 1 o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él". *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo 716/2014, de 15 de diciembre en relación con el artículo 79 bis de la ya derogada Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en donde se señala que el incumplimiento del deber de realizar el test de idoneidad y de conveniencia en los productos financieros no conlleva la nulidad de la adquisición de un producto financiero. La ley no establece tal sanción y "con la contravención de tales deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites de la autonomía

DCH no prohíbe contratar, pero eso no significa que la actuación del prestamista carezca de consecuencias jurídicas. Al analizar el art. 11. LCCI profundizaré en los argumentos que me llevan a defender esta tesis.

## **V Las directrices sobre la concesión y el seguimiento de préstamos elaborado por la Autoridad Bancaria Europea.**

La Autoridad Bancaria Europea ha elaborado unas directrices sobre la concesión y el seguimiento de préstamos publicadas el 29 de mayo de 2020 <sup>68</sup>.

Las directrices se apoyan en tres anexos que presentan una serie de consideraciones sobre los criterios de concesión de créditos (anexo 1), sobre los tipos de documentos que deben recopilar las entidades a efectos de la evaluación de la solvencia (anexo 2) y sobre los parámetros que pueden utilizarse para la concesión y el seguimiento de créditos (anexo 3).

Se distingue cuando el potencial prestatario es un consumidor<sup>69</sup> y cuando es un profesional. El documento es especialmente relevante pues pretende una uniformidad en

---

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

<sup>68</sup> \_\_\_Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos (EBA/GL/2020/06) <https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-06-ES.pdf> (Consultado el 1 de septiembre de 2020). Se derogan \_Directrices sobre la evaluación de la solvencia, EBA/GL/2015/11 19.08.2015 <https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/consumer-protection-and-financial-innovation/guidelines-on-creditworthiness-assessment> (Consultado el 20 de octubre de 2019).

<sup>69</sup>Cuando el prestatario es un consumidor, los criterios para la concesión de crédito se objetivan en el Anexo 1 del documento:

1. Criterios de aceptación de clientes: tipos de clientes, límites de edad de los clientes, historial crediticio de los clientes.
2. Definición de ingresos aceptables.
3. Requisitos mínimos de las garantías reales.
4. Requisitos mínimos de las garantías personales.
5. Importes máximos de los préstamos.
6. Plazos máximos de vencimiento de los préstamos.
7. Requisitos relativos a la amortización (incluida la modalidad de tipos de interés de los préstamos).
8. Límites basados en el riesgo (concentración, tipo de producto, etc.).
9. Límites aceptables de la ratio valor del préstamo-valor de la garantía (*LTV*) (para préstamos garantizados).

el terreno del procedimiento para proceder a la evaluación de la solvencia. No basta que los Estados miembros establezcan la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia. La indeterminación de la DCC y de DCI debe ser concretada en cuanto a los procedimientos y extremos que deben ser examinados.

Las instituciones financieras deben adoptar, el marco de las políticas y procedimientos de riesgo de crédito y las normas para la aprobación de la concesión de créditos y la toma de decisiones, incluidos sus niveles de autorización dentro de la entidad especificar, entre otros, los criterios para la evaluación de la solvencia, debiendo pronunciarse sobre los extremos que se especifican en el documento. En lo que a nosotros nos interesa, aparecen los límites préstamo-valor y la obligada consulta de datos positivos de solvencia patrimonial.

En relación con los requerimientos de datos, señala que *“las instituciones y los acreedores deben tener una visión suficientemente completa de la situación financiera del prestatario, incluida una visión precisa y actualizada de todos los compromisos de crédito del prestatario”*. No bastan los ingresos y la ausencia de datos negativos de solvencia, sino que es preciso que el prestamista conozca el pasivo asumido por el potencial prestatario, dato que proporcionan los ficheros positivos de solvencia que en España, como veremos, carecen de regulación específica. Se concretan los aspectos sobre los que debe recabarse información: objeto del préstamo, en su caso, en función del tipo de producto, empleo, ingresos; compromisos financieros, garantías aportadas (para préstamos garantizados); y cualquier otro factor de mitigación del riesgo, cuando estén disponibles. Estos aspectos se detallan de forma exhaustiva en el Anexo 2 del documento que recoge específicamente qué información se debe recabar y verificar<sup>70</sup>. Cabe destacar que se establece específicamente

- 
10. Límites aceptables de la ratio préstamo-ingresos (*loan-to-income*).
  11. Límites aceptables de la ratio deuda-ingresos (*debt-to-income*).
  12. Límites aceptables de la ratio ingresos-obligación crediticia total (*income-to-total-credit-obligation*) (incluyendo en lo que respecta a los ingresos brutos, los ingresos después de impuestos y primas, los ingresos después de gastos financieros y los ingresos después de otros gastos periódicos).
  13. Importe máximo aceptable del préstamo en relación con la capacidad de pago.
  14. Política de cumplimiento de los requisitos macroprudenciales, cuando proceda.

<sup>70</sup>Identificación del potencial prestatario, residencia, propósito del préstamo, empleo, incluyendo el tipo, sector, estatus (por ejemplo, tiempo completo, tiempo parcial, contratista, trabajador autónomo, etc.) y duración. Se evaluarán los ingresos (incluyendo bonos anuales, comisiones, horas extras, cuando corresponda) que cubran un período razonable, incluyendo nóminas, estados de cuenta bancarios corrientes, cuentas auditadas o verificadas profesionalmente (para trabajadores independientes). Se solicitará Información sobre activos y pasivos financieros, por ejemplo, estados de cuenta de ahorros, estados de préstamos que indiquen los saldos pendientes de los préstamos. Información sobre los compromisos financieros, como la manutención de los hijos, los gastos de educación y las pensiones alimenticias. Se solicitarán datos fiscales. Se comprobará la existencia de seguro de vida para los prestatarios nombrados, cuando corresponda. Deben recabarse datos de los registros de crédito o de las oficinas de información crediticia, que cubran al menos la información sobre las obligaciones financieras y los atrasos en los pagos. Información sobre los activos de garantía, de la propiedad de los activos de garantía, en su caso, valor de los

que habrá que consultar datos de los registros de crédito o de las oficinas de información crediticia, que cubran al menos la información sobre las obligaciones financieras y los atrasos en los pagos. Esto es un avance fundamental porque exige a los prestamistas recabar datos positivos de solvencia, lo que mediatamente implica que debe haber datos positivos en los registros de crédito y no solo negativos como hasta ahora.

Otra de las directrices relevantes es la obligación de los prestamistas de evaluar la *veracidad* de la información y los datos facilitados por el prestatario, chequeando la autenticidad de la información, mediante la consulta de instituciones y registros de crédito. Así mismo, se debe documentar la información y los datos que conduzcan a la aprobación del crédito, incluidas las medidas y evaluaciones, en particular las medidas adoptadas para verificar los ingresos, llevadas a cabo por las entidades y los acreedores, y mantener esta documentación en un formato accesible (fácilmente accesible para las autoridades competentes) durante al menos la duración del contrato de préstamo. Ello es relevante pues el art. 11.6 LCCI establece la obligación de informar al prestatario de forma motivada del motivo de la denegación debiendo entregar copia del resultado cuando sea fruto de la consulta de una base de datos. A mi juicio, es imprescindible para un adecuado control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia el que se le entregue al potencial prestatario un documento en el que conste los criterios tenidos en cuenta para la concesión. En la propuesta de directrices se señala la obligación de documentar ese resultado, pero debería ordenarse la entrega de dicho documento al prestatario tanto en casos de evaluación negativa como positiva. El borrador de proyecto no entra en ese tema por tratarse de norma dirigida al supervisor.

Este documento contiene también reglas específicas que desarrollan el art. 18 DCI<sup>71</sup> que se suman a los criterios generales para la concesión de préstamo. El establecimiento

---

activos de garantía, seguro de la garantía. Así mismo, deberá recabar Información sobre la ejecutoriedad de los activos de garantía, Información sobre garantías, factores atenuantes del riesgo de crédito y garantía, Contrato de alquiler o evidencia de ingresos potenciales por alquiler de productos de compra para alquilar y permisos y estimaciones de costes, en su caso, para préstamos para la construcción y mejora de bienes inmuebles.

<sup>71</sup>Cf. P. 37, apartado 5.2.2. Se pretende desarrollar el art. 18 DCI en cuanto a los procedimientos de evaluación de la solvencia, pero lo cierto es que está plagado el texto de conceptos jurídicos indeterminados:

103. Al verificar las perspectivas de un prestatario de cumplir sus obligaciones en virtud de un contrato de crédito, tal como se contempla en el artículo 18 de la Directiva 2014/17/UE, las instituciones y los acreedores deben realizar averiguaciones razonables y tomar medidas razonables para verificar la capacidad de ingresos subyacente del prestatario, su historial de ingresos y cualquier variación en el tiempo.

104. En el caso de los prestatarios que trabajan por cuenta propia o tienen ingresos estacionales u otros ingresos irregulares, las instituciones y los acreedores deben hacer averiguaciones razonables y tomar medidas razonables para verificar la información relacionada con la capacidad del prestatario para cumplir con sus obligaciones en virtud del contrato de préstamo, incluida la capacidad de obtener ingresos y la verificación de terceros que documente dichos ingresos, como las declaraciones de impuestos.

105. Al evaluar la capacidad del prestatario para cumplir sus obligaciones, las instituciones y los acreedores deben tener en cuenta los factores pertinentes que podrían influir en la capacidad de reembolso presente y futura del prestatario y sin inducir dificultades indebidas ni endeudamiento excesivo. Los factores deben incluir, cuando proceda, otras obligaciones de servicio, su duración restante, sus tipos de interés y los

de límites préstamo-ingresos y préstamo-valor son aportaciones relevantes. Las instituciones deben establecer estos límites al diseñar los criterios para la concesión de préstamos.

## **VI La regulación de la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario**

### **1. Sujeto obligado**

El art. 11 de la LCCI se dedica a la obligación de evaluar la solvencia y el texto finalmente aprobado mejora en algunos aspectos el contenido en el art. 9 de PLCCI que se limitaba a reproducir el art. 18 de la DCI. Estos cambios obedecen a la aprobación de la enmienda n.º 186 presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos<sup>72</sup>.

El sujeto obligado a evaluar la solvencia es el prestamista, no el intermediario de crédito ni representante delegado. Parece lógico no esté obligado porque no soportan el riesgo de crédito. Cosa distinta es que deban recabar información del cliente, tal y como se establece en el art. 12.1 LCCI y 35.1. LCCI. La DCI habla de evaluar “en profundidad” la solvencia del prestatario teniendo en cuenta “factores pertinentes”. El art. 11 LCCI concreta

---

importes pendientes, la prueba de cualquier impago, así como los impuestos y seguros directamente pertinentes, cuando se conozcan.

106. Las instituciones y los acreedores deben establecer procedimientos adecuados para evaluar la capacidad del prestatario para cumplir las obligaciones derivadas del contrato de crédito y mantener registros actualizados de dichos procedimientos. Las instituciones y los acreedores deben revisar estos procesos a intervalos regulares.

107. Si el plazo del préstamo se prolonga más allá de la edad prevista de jubilación del prestatario, las instituciones y los acreedores deben tener debidamente en cuenta la suficiencia de los ingresos probables del prestatario y su capacidad para seguir cumpliendo las obligaciones contraídas en virtud del contrato de préstamo en el momento de la jubilación.

108. Las instituciones y los acreedores deben asegurarse de que la capacidad del prestatario para cumplir sus obligaciones en virtud del acuerdo de préstamo no se base en el aumento significativo previsto de los ingresos del prestatario, a menos que la documentación proporcione pruebas suficientes.

109. Al evaluar la capacidad del prestatario para cumplir las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo de préstamo, las instituciones y los acreedores deben rendir cuentas de los gastos comprometidos y de otros gastos no discrecionales, como las obligaciones reales del prestatario, incluida la justificación y consideración adecuadas de los gastos de subsistencia.

110. En el caso de los préstamos en moneda extranjera, tal como se definen en el artículo 4, apartado 28, de la Directiva 2014/17/UE, las instituciones y los acreedores también deben tener en cuenta en la evaluación de la capacidad del prestatario para cumplir sus obligaciones las posibles hipótesis negativas del tipo de cambio entre la moneda de los ingresos del prestatario y la moneda del préstamo. Las instituciones y los acreedores también deben tener en cuenta y evaluar cualquier estrategia de cobertura, así como las coberturas reales existentes, incluidas las naturales, para mitigar el riesgo de tipo de cambio.

En el caso de los acuerdos de préstamo relativos a un bien inmueble en los que se declare explícitamente que el prestatario o un miembro de la familia no debe ocupar el inmueble como lugar de residencia (es decir, acuerdos de compraventa) a que se refiere el artículo 3, apartado 3, letra b), de la Directiva 2014/17/UE, las entidades y los acreedores deben aplicar los requisitos establecidos en los apartados 112 a 114 de la sección 5.2.3.

<sup>72</sup><http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-12-3.CODI.%29#>(Página1)

la mención de la DCI, ampliando el ámbito subjetivo. No sólo se debe evaluar al potencial prestatario (se trata de una obligación precontractual por lo que es un cliente potencial), sino que la LCCI lo amplía al potencial prestatario persona física, fiador o garante. Las mismas razones que aconsejan evaluar la capacidad de reembolso del deudor exigen que se haga para el fiador o garante quien también puede verse obligado a cumplir el contrato de préstamo. De hecho, esta extensión ya estaba presente en el art. 18.2.b) de OTSB y en la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos hipotecarios sobre la vivienda (art. 13.7).

No parece razonable que se deba evaluar la solvencia de un garante real, ya que su responsabilidad no es personal, tal y como sucede con el hipotecante no deudor. La referencia a garantes debe ser a los personales<sup>73</sup>. De hecho, esta es la interpretación probable según criterio sistemático, habida cuenta de la referencia en el art. 11.6 LCCI al “fiador o avalista”.

Como ya he señalado, la exigencia de garantías personales o reales viene a cubrir la eventualidad de incumplimiento del deudor por sobreendeudamiento pasivo. Por ello, no podría convertirse en positivo el test de solvencia del deudor sólo por el hecho de aportar garantes solventes. La posible mayor vulnerabilidad del potencial prestatario a sufrir circunstancias sobrevenidas que le impidan cumplir, puede aconsejar la exigencia de garantías adicionales. Por ejemplo, el potencial prestatario es una persona joven con contrato fijo, pero se mueve profesionalmente en un sector de actividad volátil. Ello indica que puede quedarse sin trabajo. A día de hoy, el deudor es solvente, pero es aconsejable pedir garantías que también deben ser solventes, aunque el préstamo podría concederse, aunque el garante no fuera solvente, hipótesis un tanto ridícula pero que podría plantearse<sup>74</sup>.

Como no podría ser de otra manera, también deberá evaluarse la solvencia en el caso de subrogación del deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo (Disposiciones adicionales sexta y séptima LCCI).

El prestamista inmobiliario obligado a evaluar la solvencia es, según lo dispuesto en el art. 4.2. LCCI, *“toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el art. 2.1. letras a) y b)”*. Tales prestamistas inmobiliarios deben estar inscritos en el Registro a que se refiere el art. 42

---

<sup>73</sup>En este sentido, SÁENZ DE JUBERA, *Los contratos de crédito inmobiliario...*, cit., p. 152. MARÍN LÓPEZ, J.M. *Comentarios...*, cit., p. 225.

<sup>74</sup>Así lo hace ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia...”, cit., p. 234. A su juicio, “con una evaluación positiva del prestatario, aunque la del garante sea negativa, se podrá dar crédito. Se cumple lo dispuesto en el art. 11.5 LCCI (...). No obstante, el garante deberá ser informado por el prestamista de la posición de riesgo que asume al suscribir la garantía”. A mi juicio, la obligación de evaluar la solvencia del garante va dirigida también a prevenir su sobreendeudamiento. Se viola el art. 11 LCCI cuando se admiten garantes no solventes, con las consecuencias que luego señalaré si el garante resultara posteriormente insolvente por consecuencia de verse obligado a cumplir.

LCCI. El ámbito es más amplio que el de la normativa sectorial bancaria<sup>75</sup> en el que el prestamista tiene que ser una entidad de crédito<sup>76</sup>. En este sentido, la LCCI rellena un hueco regulatorio que extiende la obligación de evaluar la solvencia a sujetos que legalmente no estaban afectados por la regulación hasta ahora existente<sup>77</sup>.

Cabría plantearse si la regulación de la obligación de evaluar la solvencia debe ser la misma cuando corresponde a una entidad de crédito o cuando debe llevarla a cabo un establecimiento financiero de crédito o cualquier otra entidad que se dedique profesionalmente a la concesión de préstamos que no compromete recursos de los depositantes, sino sus propios recursos (*balance sheet*). Cuando se trata de prestamistas que no son entidades de crédito, únicas respecto de las que existe reserva de actividad, la normativa en materia de evaluación de la solvencia poco tiene que ver con regulación prudencial pues el supervisor nada tiene que supervisar (salvo que se trate de establecimiento financiero de crédito) cuando la entidad compromete recursos propios de su balance y no dinero de los depositantes. En este sentido, que la vulneración de esta obligación provoque sanciones administrativas, es ridículo cuando se trata de entidades no sujetas a supervisión. Que a prestamistas que no son entidades de crédito se les aplique la normativa de evaluación de la solvencia se justifica porque ésta es un instrumento para la prevención del sobreendeudamiento privado y no para proteger la solvencia de la entidad. En puridad conceptual, no están técnicamente obligados a evaluar el riesgo de crédito, sino a evaluar la solvencia del potencial prestatario.

Como ya he adelantado, se trata de un *deber precontractual*. La evaluación de la solvencia debe realizarse “antes de celebrar el contrato de préstamo” (art. 11.1 LCCI) o de

---

<sup>75</sup>Anejo 9 de la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, dedicado al análisis y cobertura del riesgo de crédito modificado por Circular 3/2020, de 11 de junio, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. También hay que tener presente la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos. Este texto mantiene su vigencia a pesar de la derogación de la Circular 4/2004 por la Circular 4/2017. Se ha publicado el borrador de Proyecto de directrices sobre la concesión y el seguimiento de préstamos del Banco Central Europeo. Su objetivo es “mejorar las prácticas de las entidades y los acuerdos, procesos y mecanismos de gobierno asociados en relación con la concesión de créditos, a fin de garantizar que las entidades dispongan de normas sólidas y prudentes para la asunción, gestión y supervisión del riesgo de crédito, y que los préstamos de nueva creación sean de alta calidad crediticia”. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Guidelines on loan origination and monitoring. Consultation paper*. EBA/CP/2019/04 Mayo 2020 [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/884283/EBA%20GL%202020%2006%20Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/884283/EBA%20GL%202020%2006%20Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring.pdf) (Consultado el 28 de agosto de 2020).

<sup>76</sup>Tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial (art. 1.2 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

<sup>77</sup>Sí lo estaban en el ámbito del crédito al consumo. La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (art. 2.2) que establece la obligación del prestamista de evaluar la solvencia en el art. 14.



cualquier aumento significativo del importe tras la celebración del contrato de préstamo (art. 11.7 LCCI).

Cabe plantearse si es preciso volver a evaluar la solvencia cuando el aumento del importe del préstamo se debe sólo a una ampliación de capital solicitado o también cuando el incremento de la cantidad adeudada se debe a acuerdos novatorios como puede ser el cambio del tipo de interés o se prolonga el plazo de devolución del préstamo. La Disposición adicional sexta LCCI señala que *“las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo”*. La *ratio legis* del art. 11.7 LCCI es evitar el sobreendeudamiento y la evaluación de la solvencia deberá llevarse a cabo siempre que la novación suponga un aumento de pasivo del prestatario<sup>78</sup>, cualquiera que sea la modalidad de novación que se lleve a cabo. La clave es que el aumento del importe sea significativo y que *“dicho préstamo adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial”*. Esta mención se refiere a los casos en los que el prestamista ha evaluado la solvencia y ha autorizado la concesión del préstamo hasta un determinado tope, el cual no ha sido alcanzado por el prestatario. Si éste lo pretende alcanzar posteriormente, no será necesaria una nueva evaluación de la solvencia.

Efectivamente, no cualquier ampliación del importe del préstamo exige una reevaluación de la solvencia, sin que debe ser un aumento “significativo”, concepto indeterminado cuya incorporación no merece, a mi juicio, una valoración favorable. Parece que debería tenerse en cuenta la proporción de la nueva cantidad solicitada respecto del montante total del préstamo. En cualquier caso, creo que en todo caso debería evaluarse la solvencia, ya que la finalidad es prevenir el sobreendeudamiento privado.

La evaluación de la solvencia debería llevarse a cabo antes de ofrecer al prestatario la información personalizada a través de la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) y que tiene la consideración de oferta de contrato, vinculando al oferente durante un plazo de 10 días (art. 14.1.a) LCCI). Por ello, obviamente, la evaluación de la solvencia debe hacerla el prestamista antes de vincularse con el prestatario.

## 2. Procedimientos para realizar la evaluación

### 2.1. Factores que debe tener en cuenta el prestamista. El papel de la tasación y de las garantías adicionales

Para cumplir con su obligación de evaluar la solvencia, el prestamista deberá recabar los datos necesarios para la realización de tal evaluación, tal y como dispone el art. 12.1 LCCI. La primera fase es la solicitud de datos al potencial prestatario, fiador o garante.

Para determinar qué datos se solicitan, en coherencia con el principio de minimización de los datos recogidos en el art. 5.1.c) Reglamento General de Protección de

---

<sup>78</sup>En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, p. 227.

datos<sup>79</sup> (en adelante, RGPD), es preciso con carácter previo saber qué factores pertinentes tienen que ser valorados cuando se procede a la evaluación de la solvencia. A diferencia del texto proyectado, la LCCI los concreta estableciendo una lista de factores no exhaustiva: *“entre otros criterios, la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Así mismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral”*. Se trasladan al texto legal aspectos que estaban contemplados en el art. 18 OTSB. Se trata de objetivar en la medida de lo posible dichos criterios de manera que se pueda fiscalizar el grado de cumplimiento de esta obligación por los prestamistas.

No basta, pues, valorar los ingresos presentes, sino que el prestamista debe proyectarse al futuro, teniendo en cuenta cambios previsibles, como la jubilación, y, por supuesto, la ratio de endeudamiento, del potencial cliente, información que, como veremos, solo se puede obtener desde un fichero de solvencia positivo. Como ya he apuntado, la existencia de un seguro de amortización del préstamo y la existencia de avales y garantías no puede justificar una relajación en la evaluación de la capacidad de reembolso. Lo mismo sucede con la tasación del inmueble. La garantía real cubre las eventualidades del sobreendeudamiento pasivo y de ahí que el art. 11.3 LCCI disponga, al igual que hiciera el art. 18.3 OTSB<sup>80</sup> que *“la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial”*. Se reproduce con leves cambios, el art. 18.3 DCI y con esta norma se trata de evitar la práctica habitual llevada a cabo en los años anteriores a la crisis financiera por la que los prestamistas no valoraban la

---

<sup>79</sup>Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE

<sup>80</sup>*“En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía”*. También se recogía en el apartado tercero del Anejo 6 de la Circular 5/2012 que establece los *“Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables 'Sin perjuicio de lo indicado en los apartados previos, una política de concesión de préstamos que establezca, cuando se disponga de garantías reales, una prudente relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía, sin tener en cuenta, especialmente en el caso de inmuebles, potenciales revalorizaciones de la misma. La indicada relación deberá considerar adecuadamente los riesgos subyacentes que se aprecien en las garantías, derivados de aspectos tales como el tipo de propiedad, su finalidad o posible uso, su potencial depreciación o el área geográfica en que esta se ubique, y deberá ser tanto más exigente cuanto menos lo sea la fijada entre el servicio de la deuda y las fuentes de generación de ingresos. En cualquier caso, el incremento de la prudencia en la referida relación entre el importe del préstamo o crédito y el valor de la garantía no eximirá ni, en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor en los términos indicados en el apartado 1 anterior”*.

capacidad de reembolso y atendían exclusivamente al valor del inmueble dado en garantía. El que el valor del inmueble supere con creces el capital solicitado, no convierte en positivo el test de solvencia si el potencial prestatario carece de capacidad de reembolso adecuada<sup>81</sup>. De ahí que tampoco sea totalmente correcto permitir que la evaluación de la solvencia tenga en cuenta el valor de tasación del inmueble. Si tal evaluación exige tener en cuenta la capacidad de reembolso, el valor del inmueble no debe ser decisivo.

Insisto en que debería haberse avanzado más, estableciéndose límites a la ratio préstamo-valor o a la ratio préstamo-ingresos, tal y como se sugería en el Considerando 55 de la DCI. Ello favorece el control del grado de cumplimiento de la obligación. Hay que recordar que sí existen límites en el art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario<sup>82</sup> para los préstamos que van a ser objeto de titulización. Pero esta regulación sólo es aplicable a determinados prestamistas<sup>83</sup>, siendo su ámbito más restringido que el de la LCCI.

## 2.2. *Procedimientos de cálculo de scoring crediticio*

En lo que se refiere a la forma en la que el prestamista debe realizar la evaluación de la solvencia, el art. 11.2 LCCI deja margen de maniobra a los prestamistas para desarrollar sus propios procedimientos internos, si bien bajo la supervisión del Banco de España o autoridades competentes. Las modalidades técnicas de la forma de realizar la evaluación forman parte del libre ejercicio de la libertad empresarial.

Cuando el prestamista sea una entidad de crédito, se aplicará la regulación hasta ahora vigente respecto de los procedimientos para evaluar la solvencia y que completa la contenida en el art. 11.2 LCCI que no deja de ser una mera declaración de principios en consonancia con lo establecido en la norma duodécima y el Anejo 6 de la Circular 5/2012<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup>En este sentido, MARÍN LÓPEZ M. J., *Comentarios...*, cit., p. 242

<sup>82</sup>*El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años.*

<sup>83</sup>a) Los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, c) las cooperativas de crédito, d) los establecimientos financieros de crédito.

<sup>84</sup>*“Las entidades que concedan préstamos o créditos a los clientes a quienes se refiere la norma segunda de esta Circular deberán contar (personas físicas), 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”* Circular 5/2012, de

Esta normativa no es de aplicación a prestamistas que no tengan la condición de entidad de crédito, para los que la única norma que debe operar es la contenida en el art. 11. 2 LCCI que no concreta mucho respecto de los procedimientos para la evaluación de la solvencia, el valor que a cada variable (ingresos, deudas asumidas, etc) debe darse en la creación de una prima de riesgo. En cualquier caso, dado que no se imponen los procedimientos para la evaluación de la solvencia, como mínimo, lo que debería ser exigible es una elemental transparencia sobre cómo se ha calculado el *scoring* crediticio. El art. 11.2. LCCI se limita a establecer que el Banco de España revisará los protocolos, pero no hay norma que exija al prestamista presentar un documento escrito al potencial prestatario acerca de cómo se ha calculado el *scoring* crediticio.

La regulación al respecto está plagada de conceptos indeterminados<sup>85</sup>, debiéndose seguir el principio de proporcionalidad, es decir, debe atenderse *“a las características de la operación, en especial a su importe, complejidad e importancia para el cliente, así como al grado de conocimiento del cliente en función de la relación comercial que se haya mantenido con él a lo largo del tiempo”*. Pero la regulación no establece criterios objetivos (ratios de préstamo-ingresos y préstamo-valor)<sup>86</sup>, ni se señala la ponderación de cada variable para la fijación de la prima de riesgo. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el pasivo pendiente (deudas ya asumidas) del potencial cliente tenga un peso del 30% en la fijación de la prima de riesgo que tenga un peso del 10%. Lo que parece claro es que el valor del inmueble nunca puede ponderarse más del 50% pues entonces sería la variable predominante que es lo que quiere evitar la ley.

Con todo, lo que debe haberse realizado de forma correcta es la tasación del inmueble a la que se refiere el art. 13 LCCI y el art. 19 DCI<sup>87</sup> que exige que el tasador sea

---

27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos

<sup>85</sup>Así, por ejemplo, en el apartado segundo del Anejo 6 de la Circular 5/2012 se establece que el prestamista deberá establecer: *“Unos métodos de fijación de planes de pago realistas respecto de la financiación concedida, con vencimientos usualmente periódicos y relacionados con las fuentes primarias de generación de ingresos del prestatario y, en su caso, con la vida útil de la garantía. Los planes de amortización deberán observar una relación máxima entre el servicio de sus deudas, incluidos todos los pagos recurrentes para atender sus créditos en la entidad y para otras deudas preexistentes declaradas por el interesado o de las que la entidad pueda tener conocimiento por otras vías, y la renta recurrente disponible del prestatario que la entidad pueda evidenciar como procedente de sus fuentes de generación de ingresos más habituales. En ningún caso la renta disponible resultante tras atender el servicio de sus deudas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario”*.

<sup>86</sup>En el caso de Suiza, no puede financiarse en ningún caso más del 80% del valor de tasación del inmueble. El prestatario deberá aportar el 20% del precio de la vivienda. Así mismo, el importe de las mensualidades del préstamo hipotecario no deben superar el 33% de los ingresos del prestatario. Semejante planteamiento se sigue en el art. 28 de la *Loi fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001.

<sup>87</sup>90. Véase Considerando 26 de la DCI: *“(…) Conviene por tanto exigir a los Estados miembros que garanticen el establecimiento de normas fiables de tasación. Para ser consideradas fiables, las normas de tasación deben tener en cuenta las normas de tasación reconocidas internacionalmente, en particular las elaboradas por el Comité Internacional de Normas de Valoración (normas creadas para facilitar las operaciones transfronterizas y contribuir a la viabilidad de los mercados internacionales), el Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores o la Royal Institution of Chartered Surveyors”*. Estas últimas son redactadas por

independiente del prestamista e intermediario de crédito y se utilicen normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente remitiéndose a la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. La disposición adicional décima remite a una regulación posterior que deberá aprobarse en el plazo de 6 meses, que tratará la homologación de los profesionales que pueden realizar tasaciones conforme al art. 13 LCCI. Se evaluará así mismo, la conveniencia de modificar la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles. La principal novedad que aporta en este punto la LCCI radica en la obligación de realizar una tasación cuando se pacte la garantía real en el ámbito de aplicación de la norma y al margen de que acuda o no al mercado hipotecario o vaya a acudir al procedimiento de ejecución privilegiado de los arts. 681 y ss LEC. Y esta tasación es obligatoria para todo prestamista, sea entidad financiera o no.

La indefinición sigue presente y la LCCI no añade nada al respecto La determinación del grado de corrección del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia sigue siendo compleja. La disposición adicional duodécima modifica la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, establece en su apartado segundo el desarrollo reglamentario posterior de normas que favorezcan la valoración de la solvencia<sup>88</sup>.

Como con acierto se ha señalado<sup>89</sup>, pocas normas son precisas para transponer el art. 19 DCI y de ahí el lacónico art. 13 LCCI. Se han producido desde 2007 reformas legales tendentes a lograr la independencia de los tasadores y al establecimiento de códigos de conducta de las sociedades de tasación que presten sus servicios a entidades de crédito del mismo grupo (Ley 41/2007, de 7 de enero que reforma los arts. 3, 3 bis y 3 ter de la LMH que fue de nuevo modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo<sup>90</sup>).

---

asociaciones profesionales de tasadores de 28 países y están pensadas para la realización de informes de valoración homogéneos y coherentes en los Estados miembros de la UE.

<sup>88</sup>En particular, se señala que se tratará de normas que favorezcan

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

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

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

*d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.*

*e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.*

*f) El respeto de las normas de protección de datos.*

<sup>89</sup>ANDERSON, M., "La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución", en Dominguez Luelmo, A., (Coord.), Vivienda e hipoteca, Ed. Tecnos, 2018, p. 197.

<sup>90</sup>Cfr. Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados y también art. 18.3 OTSB.

### *2.3. Los datos de solvencia patrimonial a los que puede acceder el prestamista para evaluar la solvencia del potencial prestatario*

Una herramienta indispensable para diseñar un adecuado régimen jurídico del préstamo responsable es la existencia de un sistema de información crediticia en el que los prestamistas compartan información positiva (nivel de endeudamiento y grado de cumplimiento) de sus clientes con un Registro que puede ser público o privado. Para que el acreedor pueda evaluar correctamente la solvencia es necesario que tenga información financiera fiable sobre los potenciales clientes y cuanto más información se aporte (siempre que sea pertinente), más completo será el perfil del cliente. En este sentido, los ficheros positivos al informar del nivel de endeudamiento del cliente, constituyen una herramienta esencial<sup>91</sup>.

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

Un deficiente sistema de información crediticia dificulta no solo la evaluación de la solvencia, sino también el control del cumplimiento. Un sistema eficiente de préstamo responsable debe apoyarse en un Registro con datos positivos y negativos (ya sea público o privado), de consulta obligatoria. Este paso no ha podido darlo la DCI porque los sistemas de información crediticia difieren notablemente dentro de la UE y se ven afectados por la regulación en materia de protección de datos personales. Solo si el prestamista puede acceder a información financiera fiable de los particulares podrá conceder préstamos de manera responsable y el mecanismo sancionador que en su caso se diseñe será eficiente<sup>92</sup>. El consumidor no puede monopolizar su información financiera porque existe un interés público en la estabilidad del sistema financiero que aconseja que se compartan datos de solvencia en registros públicos o privados.

Pues bien, en España el sistema de información crediticia, instrumento imprescindible para hacer realidad el préstamo responsable es sumamente deficiente. La información con la que cuentan las entidades financieras para evaluar el riesgo del deudor

---

<sup>91</sup>Más extensamente, CUENA CASAS, M. "Intercambio de información positiva y funcionamiento del mercado de crédito", InDret 3/2017 <http://www.indret.com/pdf/1323.pdf>

<sup>92</sup>Este aspecto ya se destacó en el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE Bruselas, 18.12.2007 COM(2007) 807 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0807&rid=9> p. 8. Se vinculaba, como no puede ser de otra manera, el régimen de la obligación de evaluar la solvencia a que los datos crediticios circulen sin dificultad.

es, en su mayor parte, la ofrecida por el mismo deudor que se centra básicamente en su patrimonio, ingresos y cargas. Prevalen 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). Hasta ahora, la CIRBE solo informaba a entidades declarantes de datos negativos y datos positivos relativos a operaciones cuyo riesgo acumulado superara 9.000 euros<sup>93</sup>. Sin embargo, afortunadamente, la reforma llevada a cabo por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio de regulación del crédito revolvente modifica, entre otras la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos. Se modifica el apartado primero del artículo 3 de dicha Orden permitiendo que a través de la CIRBE se compartan “*los datos de los titulares, incluidos los de sus operaciones, cuyo riesgo acumulado en la entidad declarante sea superior a 1.000 euros (...)*”. Esto supone un cambio notable en el flujo de datos positivos de solvencia patrimonial, aunque insuficiente porque el acceso a CIRBE está restringido a las entidades declarantes<sup>94</sup>. No lo hacen, por ejemplo, las plataformas de crowdlending o financiación en masa<sup>95</sup> cuyo volumen de préstamos avanza de forma notable<sup>96</sup>. Estos créditos concedidos por estas plataformas siguen estando fuera del sistema. Con todo, no hay que olvidar 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.

No olvidemos que los prestamistas a los que resulta de aplicación la LCCI no son solo entidades financieras y, por ende, entidades declarantes, sino toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos. Ello significa que muchos de ellos no van a poder acceder a CIRBE y, al mismo tiempo, tampoco tendrán que reportar los préstamos concedidos, lo cual puede incrementar la información asimétrica en el mercado de crédito. Cuanta menos información puedan acceder los prestamistas más tendrán que confiar en la veracidad de declaraciones del consumidor, ya que carecen de fuentes para comprobar tales datos de solvencia. Ya he señalado las

---

<sup>93</sup> Norma tercera de 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.

<sup>94</sup> En este sentido, art. 61.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Según el art. 60. Primero de la Ley 44/2002, son entidades declarantes a la CIRBE el Banco de España, las siguientes: *el Banco de España, las entidades de crédito españolas, las sucursales en España de las entidades de crédito extranjeras, las entidades de crédito que operen en régimen de libre prestación de servicios, el fondo de garantía de depósitos, las sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento, los establecimientos financieros de crédito, los prestamistas inmobiliarios y aquellas otras entidades que determine el Ministerio de Economía y Empresa, a propuesta del Banco de España.*

Los prestamistas inmobiliarios han sido incluidos en elenco por la Disposición final séptima de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

<sup>95</sup> CUENA CASAS, M. “Las Fintech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, Ed. Reus, 2019

<sup>96</sup> <https://www.universocrowdfunding.com/datos-crowdfunding-espana/> (Consultado el 1 de septiembre de 2020).

restricciones a entidades declarantes al acceso a CIRBE. Entidades no declarantes no pueden acceder directamente a CIRBE y tendrán que hacerlo a través del propio potencial prestatario.

Afortunadamente en breve se ampliará el elenco de entidades declarantes a la CIRBE. Se ha publicado el Proyecto de Circular xx/2019, de xx de xx, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos<sup>97</sup> que incorpora a los prestamistas inmobiliarios como entidades declarantes. Como tales, podrán acceder también a los datos de solvencia de la CIRBE, tal y como se recoge en la norma decimosexta del proyecto de Circular.

En cuanto al acceso a datos presentes en oficinas privadas de información crediticia, la legitimación para el acceso a datos negativos la reserva el art. 20.1e) LOPDyGDD a quienes *mantengan una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario*. Con todo, en los ficheros de solvencia patrimonial privados, rige el criterio de reciprocidad, de modo que se limita el acceso a la información exclusivamente a las entidades que aportan datos al sistema. En los sistemas privados, este principio es una regla de negocio: los prestamistas no estarán dispuestos a que sus competidores puedan acceder a datos de sus propios clientes a no ser que éstos a su vez hagan lo mismo<sup>98</sup>. Esto, en cierto modo, supone una restricción pues los prestamistas que no sean entidades declarantes a CIRBE y no aporten datos a oficinas privadas de información crediticia, no podrán acceder a más datos de solvencia que a los aportados por el cliente potencial. El nivel de exigencia sobre la obligación de evaluar la solvencia no debería ser el mismo en todos los prestamistas cuando las fuentes de acceso a datos de solvencia son diferentes.

De ahí que yo haya defendido la implantación de un sistema de información crediticia en el que consten en registros públicos o privados los datos de solvencia positivos y negativos. De lo contrario, se deja en manos del consumidor datos relevantes que pueden afectar al diseño del régimen del préstamo responsable y a la estabilidad del sistema financiero. Poca responsabilidad se puede exigir al prestamista al evaluar la solvencia del deudor cuando no puede acceder a datos fiables.

La recientemente aprobada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD y GDD) regula en su art. 20 los sistemas de información crediticia, centrándose exclusivamente en los datos negativos o de incumplimiento. Se presume *iuris tantum* lícito el tratamiento de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias cuando se cumplan

---

<sup>97</sup>[https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares\\_y\\_guias\\_en\\_proceso\\_de\\_consulta/Ficheros/Proyecto.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/Circulares_y_guias_en_proceso_de_consulta/Ficheros/Proyecto.pdf) (Consultado el 3 de noviembre de 2019).

<sup>98</sup>PASCUAL HUERTA, P., "Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del Reglamento General de Protección de datos de la UE", en Cuenca Casas, M., (Dir.), La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables, Thomson Aranzadi, 2017, p. 148.



una serie de requisitos. La condición de licitud no es el consentimiento del interesado, pues como es lógico, tratándose de datos negativos, nunca lo prestaría. Se trata de una presunción de concurrencia de interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento de los datos (art. 6.1.f) RGPD

Nada se dice de los ficheros de solvencia positivos, es decir, de aquellos que informan de pasivos asumidos por el deudor y que no han sido incumplidos. Ello no significa que estén prohibidos, sino que respecto de ellos no hay presunción de licitud, de forma que, en principio, los prestamistas podrán compartir datos positivos a una oficina privada de información crediticia o *credit bureau* si concurren las condiciones de licitud a que se refiere el art. 6 RGPD. Particularmente, será el consentimiento del interesado, el cumplimiento de una obligación legal o la concurrencia del interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

El art. 12 LCCI (que desarrolla los arts. 20 y 21 DCI) entra en el importante tema de los datos de solvencia patrimonial y ha sufrido importantes cambios respecto del texto del Proyecto de Ley. En este punto, se puede decir que la LCCI supone un avance. Explicaré por qué.

### 3. Aportación de datos por el potencial prestatario

Dispone el art. 12.1 LCCI que *“los prestamistas e intermediarios de crédito y sus representantes designados especificarán de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y las pruebas, comprobables independientemente, que el potencial prestatario deberá facilitar, así como el marco temporal en que debe facilitar la información en cuestión. La información solicitada por el prestamista será proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia, con los límites establecidos en la normativa de protección de datos”*.

En primer lugar, hay que destacar que así como la obligación de evaluar la solvencia compete al prestamista, la solicitud de datos de solvencia y la especificación de los datos necesarios que debe aportar el consumidor la llevan a cabo los prestamistas pero también los intermediarios de crédito y sus representantes designados. *La fuente de los datos de solvencia se sitúa en primer lugar en el potencial prestatario*. Éste asume la responsabilidad de la veracidad de los datos que aporta. De hecho, como se ha señalado, el art. 11.4 LCCI permite al prestamista resolver o modificar el contrato de préstamo cuando demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información. Ello supone un incentivo poderoso para el prestatario en tanto que la resolución provocará el vencimiento de la obligación y la pérdida del beneficio del plazo.

*¿Qué datos pueden solicitarse al potencial prestatario?* El art. 12.2 LCCI señala los potenciales prestatarios deben facilitar la información correcta completa y pertinente para poder llevar a cabo una evaluación adecuada de la solvencia. Ello en coherencia con el

principio de minimización de los datos recogidos en el art. 5.1.c) RGPD<sup>99</sup>. Tal información debe proporcionarse en el plazo designado por el prestamista, intermediario de crédito y representante designado. Caso de no hacerlo, el potencial prestatario será advertido cuando no se pueda llevar a cabo la evaluación de la solvencia por falta de aportación de datos por el potencial prestatario. Si éste no aporta datos, en ningún caso se puede conceder el préstamo. Ello sería prueba evidente de la falta de cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

La LCCI es más escueta que la DCI que se refiere a los datos que se pueden solicitar: información relativa a los ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor. Cuanto más restringido sea el acceso del prestamista a otras fuentes para obtener datos de solvencia patrimonial, más datos deberá requerir al potencial prestatario. Con todo, el principio de minimización de los datos debe operar y la falta de acceso a bases de datos como la CIRBE no debe autorizar a solicitar datos excesivos, como por ejemplo, los movimientos de cuenta corriente que pueden ser muy sensibles porque informan del concepto del gasto, cosa que no sucede con un fichero positivo. Éste informa de deudas asumidas pero no del gasto realizado con las mismas<sup>100</sup>. La LCCI no explicita los datos que pueden ser requeridos al potencial prestatario, lo que dificulta el control de la obligación de evaluar la solvencia puesto que no existe un parámetro de comparación entre los datos que efectivamente solicite el prestamista con los que debería solicitar.

Por su parte, la OTSB en cuyo art. 18.a).1.º señala que se solicitará la documentación que sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente, pero tampoco se especifican los datos a requerir. Como ya he señalado, el documento que recoge las directrices sobre la concesión y el seguimiento de préstamos elaborado por la Autoridad Bancaria Europea, sí se refiere a este extremo y recalca la necesidad de verificar datos de solvencia positivos.

La DCI establece la obligación del prestamista de comprobar la información aportada por el potencial prestatario y facilitada en su caso, por el intermediario de crédito o el representante designado. Este deber de comprobación le corresponde al prestamista, obligado a evaluar la solvencia. El intermediario se limita a recabar la información.

#### 4. Acceso a bases de datos de solvencia patrimonial

Más relevante es la norma contenida en el párrafo segundo del art. 12 LCCI que dispone que *“el prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos legislación de protección de datos personales. En caso de que el prestamista*

---

<sup>99</sup>Los datos personales serán *“adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados ('minimización de datos')”*.

<sup>100</sup>CUENA CASAS, M., Sobre los datos que piden los bancos para conceder un préstamo.... El “coste” de las restricciones legales a los ficheros positivos de solvencia <https://hayderecho.expansion.com/2016/05/05/sobre-los-datos-que-piden-los-bancos-para-conceder-un-prestamo-el-coste-de-las-restricciones-legales-a-los-ficheros-positivos-de-solvencia/>

*conceda el préstamo, podrá comunicar los siguientes datos a las oficinas privadas de información crediticia: importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que estas alcanzan, así como cualquier otro que establezca a persona titular del Ministerio de Economía y Empresa”.*

Esta regulación no estaba presente en el texto del Proyecto de LCCI inicialmente presentada por el Gobierno y es fruto, con algunos cambios, de la enmienda n.º 187 presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos<sup>101</sup>.

Se reitera, en primer lugar, la obligación de los prestamistas de consultar el historial crediticio de los clientes que ya se contemplaba en el art. 18.2 a) 2.º de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios<sup>102</sup>. Pero la modificación más relevante es el establecimiento de la habilitación legal a los prestamistas para comunicar *datos positivos* a las oficinas privadas de información crediticia. Los prestamistas podrán consultar los datos y podrán comunicar datos.

Dado que pueden ser prestamistas al amparo de la LCCI sujetos distintos de las entidades financieras y entidades declarantes a la CIRBE

*¿Qué incidencia tiene esta nueva regulación desde el punto de vista de la normativa de protección de datos?* La LCCI de esta forma mejora el sistema de información crediticia. Ya no solo los datos negativos de solvencia se podrán comunicar sin consentimiento del afectado. Esta habilitación legal refuerza la concurrencia de interés legítimo como condición de licitud del tratamiento de los datos positivos y la falta de necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos para compartirlos con los bureaus de crédito. La norma no obliga a compartir datos con los bureaus de crédito por lo que la condición de licitud no sería el del cumplimiento de una obligación legal en este sentido (art. 6.1c) RGPD), sino el interés legítimo del responsable del tratamiento (art. 6.1f) RGPD).

Esta modificación legal no sólo afecta al crédito inmobiliario, sino también al crédito al consumo. La Disposición adicional duodécima de la LCCI modifica la LCC en relación con la información en materia de contratos de crédito al consumo. Dispone que *“en los mismos términos que los indicados en el artículo 12 de la presente Ley y de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, los prestamistas podrán consultar el historial crediticio del cliente o deudor y, en caso de conceder el crédito o préstamo, comunicar a las entidades privadas de información crediticia los datos que correspondan, todo ello en cumplimiento*

---

<sup>101</sup><http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&CONF=BRSPUB.cnf&BASE=PU12&PIECE=PUWD&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTT.fmt&OPDEF=Y&QUERY=BOCG-12-A-12-3.CODI>.

<sup>102</sup>*“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 1/1999, 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”.* La remisión hay que entenderla ahora realizada al RGPD y a la LOPD y GDD.

*de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* ". Este cambio es relevante pues en la LCC no se establecía la obligación legal de consulta de las oficinas de información crediticia ni se permitía legalmente el traspaso de información positiva a dichas oficinas. Por tanto, el cambio legal cubre el crédito inmobiliario y el crédito al consumo. Si se establece la obligación legal de consulta y se habilita a los prestamistas para nutrir de datos a las oficinas de información crediticia, el interés legítimo del responsable del tratamiento queda acreditado, pues tales obligaciones constituyen el instrumento necesario para cumplir la de evaluar la solvencia que es la que en última instancia convierte dicho interés en legítimo. La nueva disposición introducida en la LCCI mejora el sistema de información crediticia porque facilita la transmisión de datos y elimina obstáculos hasta ahora existentes en la normativa de protección de datos. La regulación contenida en la LCCI es respetuosa con el RGPD y favorece el flujo de datos positivos de solvencia y por eso considero que es un avance en la mejora de los sistemas de información crediticia.

## **VII El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia**

### **1. El prestamista no realiza las tareas de evaluación**

La clave de la eficacia de la regulación reside en las consecuencias derivadas del incumplimiento. Las mismas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, tal y como ordena el art. 38 DCI.

Hay que distinguir dos aspectos desde el punto de vista del juicio sobre el grado de incumplimiento de la obligación. El primero es valorar si el prestamista realizó o no las operaciones necesarias para evaluar la capacidad de reembolso. Así, por ejemplo, si exigió o no información sobre los factores pertinentes a que se hace referencia en el art. 11.1 LCCI (situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos), consultó las bases de datos de solvencia patrimonial tal y como ordena el art. 12.1 LCCI, y estableció una prima de riesgo en función de los procedimientos a que se alude en el art. 11.2 LCCI. La realización de estas operaciones según la normativa de supervisión vigente aplicable a entidades de crédito a la que ya he hecho referencia, y con los datos de solvencia disponibles, cabe considerarla como una obligación de resultado. O se hacen las operaciones de evaluación o no se hacen. Es un resultado exigible que tales operaciones se lleven a cabo.

Como ya he señalado, la realización de tales operaciones no implica que el acreedor deba tener la certeza acerca del cumplimiento del deudor y, por ende, se le pueda hacer responsable en todo caso de su incumplimiento, dado que puede obedecer a circunstancias sobrevenidas en el momento de la concesión del préstamo o a falta de voluntad de pago. Por tanto, a la pregunta de si es un resultado exigible al prestamista que se asegure de que el deudor es solvente, la respuesta es no. Desde este punto de vista, se trata de una obligación de medios que se entenderá cumplida cuando el prestamista emplee toda la diligencia debida para asegurarse de la solvencia del prestatario, a la vista de la información

a la que puede acceder. No cabe estimar incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia cuando el deudor incumple, incluso si es por circunstancias constaban en el momento de la concesión del préstamo, si el prestamista no podía conocer las mismas o el deudor había suministrado información incorrecta. De ahí la importancia de permitir a los prestamistas acceder a datos de solvencia fiables. De no ser así, se escudarán en esta circunstancia, para no responder. Y, por supuesto, como ya he adelantado, tampoco es responsable el prestamista cuando el deudor incumple por circunstancias sobrevenidas, de las que no pudo tener conocimiento en el momento de la concesión.

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

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

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

En cualquier caso, no se prevé ningún tipo de consecuencia contractual específica, para el caso de que el prestamista haya evaluado incorrectamente la solvencia por causas a él solo imputables. Veremos si las hay si se tiene en cuenta que las normas establecidas en la LCCI tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina (art. 44 LCCI). Su

eficacia en el ámbito contractual sigue siendo discutida<sup>103</sup>. En ausencia de norma específica se ha alegado la posible resolución del contrato a instancias del prestatario y la posible exigencia de una indemnización de daños y perjuicios<sup>104</sup>. Estas consecuencias tienen una nula eficacia disuasoria y violentarían el art. 38 DCI. La resolución obligará al prestatario a devolver el capital prestado y pretender que un deudor sobreendeudado demande a una entidad financiera para reclamar unos daños y perjuicios es cercana a la ciencia ficción. En la práctica, parece que solo hay sanciones administrativas por mucho que la doctrina luche por defender sanciones contractuales que, a mi juicio, son ineficientes y absolutamente inútiles, tal y como la práctica ha puesto de manifiesto.

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

## 2. La posición del prestamista ante un test negativo de solvencia

Partiendo de que el prestamista ha hecho una evaluación correcta de la solvencia, arrojando un resultado negativo ¿Tiene prohibición de contratar? ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de la evaluación?

De nuevo el legislador español “no se moja” y reproduce la indefinición de la regla establecida en el art. 18.5 de la DCI. Así, el art. 11.5 LCCI dispone que *“el prestamista solo pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato”*. La DCI (art. 38) no añade nada más y se limita a exigir que las sanciones por incumplimiento de las disposiciones nacionales dictadas en aplicación de la DCI, *sean eficaces, proporcionadas y disuasorias*<sup>105</sup>.

¿Cuál es el régimen sancionador que establece la LCCI? El art. 44 LCCI señala que son infracciones muy graves *“las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores”*. Por su parte, el art. 46 LCCI

---

<sup>103</sup>Expone las distintas posiciones al respecto CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores” Diario La Ley, n.º 8636, de 2 de noviembre de 2015.

<sup>104</sup>ARROYO AMAYUELAS, E., “Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario”, Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 17. Defiende esta postura en el ámbito del crédito al consumo, ALVAREZ LATA, N. Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014, p. 611.

<sup>105</sup>“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”.

señala que *“la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España con incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, siempre que por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes, conforme al apartado x) del artículo 92 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.”* Es decir, aparentemente, el sistema se ordena desde la normativa de ordenación y supervisión que, como es bien sabido, tienden a proteger la solvencia de la entidad y la estabilidad del sistema financiero. No van dirigidas a la protección del consumidor en su contrato con la entidad. Se omite toda referencia a las consecuencias que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene en el contrato de préstamo celebrado con el prestatario.

Este aspecto está claro en el art. 18.6 OTSB dispone que *“ la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes”*. En el régimen vigente hasta la fecha, la concesión del préstamo ante un test negativo, carecía de consecuencias específicas en el terreno contractual. El prestamista era libre para contratar, sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas que, en su caso, pudieran derivarse por la normativa de supervisión bancaria por la ausencia de evaluación correcta de la solvencia. Si se concedía el préstamo ante un test de solvencia negativo, el contrato era perfectamente válido y el deudor se veía obligado a cumplir. Este ha sido el régimen vigente en España sobre la evaluación de la solvencia, el cual se ha mantenido en el art. 14 de la LCC.

Esta es la situación de partida cuando se transpone la DCI. *Veremos si algo ha cambiado o directamente hay falta de transposición.*

La DCI da un paso más respecto de la Directiva de Crédito al Consumo<sup>106</sup> y como señala en el Considerando 22, *“resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo ”*. En ambas se pretende que la obligación de evaluar la solvencia sirva como instrumento no solo para proteger la solvencia de la entidad, sino también como mecanismo de protección del consumidor evitando su sobreendeudamiento<sup>107</sup>. De hecho,

---

<sup>106</sup>Directiva 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

<sup>107</sup>Así lo ha dicho el TJUE en sentencia de 27 de marzo de 2014 (C565/12) § 42: *“En la medida en que tiene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento y de insolvencia, la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario contribuye a alcanzar el objetivo de la Directiva 2008/48, que consiste, como se desprende de sus considerandos 7 y 9, a establecer, en materia de crédito al consumo, una armonización completa e imperativa en un cierto número de ámbitos clave, considerada necesaria para garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de*

la LCCI regula la obligación de evaluar la solvencia en el capítulo II dedicado a las normas de protección del prestatario (Sección 1.ª) y no en la Sección 2.ª dedicada a las normas de conducta del prestamista. La DCI pretende ser más estricta que la DCC y ello se tiene que reflejar en la nueva regulación que debe aportar un valor añadido respecto del régimen vigente hasta la fecha. Interpretar la DCI en los mismos términos que la DCC y llegar a las mismas conclusiones no parece razonable, porque –insisto– la DCI pretende ser más estricta en el ámbito del crédito inmobiliario.

La clave está en determinar si la norma contenida en el art. 18.5 DCI y reproducida en el art. 11.5 LCCI establece o no una prohibición del prestamista de contratar cuando el resultado de la evaluación de la solvencia del cliente arroja un resultado negativo. En caso afirmativo hay que determinar cuáles serían las consecuencias que se derivan de tal prohibición. Lo que no cabe es afirmar que tal prohibición existe y admitir las mismas consecuencias jurídicas que si no existiera, en los mismos términos que opera en el ámbito del crédito al consumo.

***Primera opción de interpretación: existe prohibición de contratar cuando el test de solvencia del cliente arroja un resultado negativo. Consecuencias .***

Partiendo del tenor literal de la norma del art. 18.5 DCI, reproducido en el actual art. 11.5 LCCI, no son pocos los autores<sup>108</sup> que entienden que hay prohibición de contratar ya que, de lo contrario, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia, cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado. Aquí residiría el endurecimiento del régimen de la DCI respecto de la DCC, prohibiendo la contratación.

Según el art. 6.3 CC, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Podemos entender que la ley establece una sanción distinta de la nulidad, como es la sanción administrativa. De hecho, la DCI no impone a los Estados miembros la imposición de sanciones de derecho privado en todo caso, permitiendo que la

---

*protección de sus intereses y para facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo*”.

<sup>108</sup>DÍAZ-ALABART, S. (2015), Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia, en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/ UE), Incluso para el crédito al consumo, ya lo defendía* ALVAREZ LATA, N. Comentario al artículo 14 LCC, p. 609. ARROYO AMAYUELAS, E., “Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario”, Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 8. ANDERSON, M., “La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español”, en Arroyo Amayuelas, E., y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, 2016, p. 58. Recientemente COLLADO RODRÍGUEZ, N., “La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito” (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 148 quien considera que la regulación es clara y contundente a la hora de prohibir la contratación. De hecho, considera que lo mismo acontece en la regulación del crédito al consumo en el que tal prohibición se encuentra “implícita” en la regulación.



transposición se haga desde normativa prudencial (Considerando 83)<sup>109</sup>. Ahora bien, es necesario que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, cuestión que la DCI no prejuzga. Cabe plantear si las normas prudenciales son efectivas cuando de lo que se trata es de proteger al cliente y no solo la solvencia de la entidad. A mi juicio, no. Hay un planteamiento contradictorio en la propia DCI. Se pretende endurecer el régimen respecto de la DCC, pero los remedios frente al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia pueden ser los mismos que en la DCC: sanciones meramente administrativas. En este punto, la existencia de una prohibición de contratar añadiría poco al sistema.

Y es que no hay que confundir la obligación de evaluar la solvencia (deber precontractual que se integra en el contrato *ex art. 1258 CC*) con la obligación de actuar en consonancia con el resultado de la evaluación. Se trata de dos aspectos diferentes. La primera es un deber precontractual que se configura como una obligación de resultado: o se evalúa o no se evalúa. La segunda, según los que así lo defienden, sería una prohibición legal de contratar<sup>110</sup>, Si la LCCI prohíbe contratar, el resultado de esta prohibición no puede interpretarse como incumplimiento de un deber precontractual, sino como una prohibición legal de contratar. De lo contrario, se incurre, a mi juicio, en una petición de principio<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup>“Los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal”.

<sup>110</sup>Véase la sentencia del TJUE de 6 de junio de 2019 (Michel Schyns y Belfius Banque SA). Asunto C-58/18. Esta sentencia versa sobre la DCC, en particular, si una norma nacional que prohíbe contratar en caso de que el resultado del test de solvencia sea negativo contraviene el art. 5.6 DCC, que establece que es el consumidor el que debe evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera. El TJUE se pronuncia *obiter dicta* sobre la Directiva 2014/17, señalando que no existe tal contravención puesto que en la DCI se establece que “el prestamista sólo 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”. Si la DCI lo establece, no puede estimarse contrario a la DCC una norma interna que establezca tal prohibición de contratar. Parece por la argumentación que el TJUE está partiendo de la base de que hay prohibición de contratar cuando el resultado del test de solvencia es negativo, si bien, no basa su decisión en tal afirmación pues la misma va referida a la DCC que no establece tal prohibición de contratar.

<sup>111</sup>Para ARROYO AMAYUELAS, E., “Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario”, Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, el art. 18.4 DCI impone deberes de conducta al prestamista –deber de evaluar la solvencia y de actuar en consecuencia– (p. 16). Sin embargo, defiende que la DCI prohíbe otorgar crédito al consumidor cuya evaluación arroje un resultado negativo (p. 8).

Los partidarios de la existencia de una prohibición de contratar o bien consideran nulo<sup>112</sup> el contrato<sup>113</sup> o bien consideran que no es nulo por tratarse de una norma de conducta<sup>114</sup>. En tal caso, se entiende que la violación de tal prohibición legal daría lugar a la correspondiente indemnización por los daños sufridos<sup>115</sup> y sanción administrativa. En suma, se da tratamiento civil como deber precontractual a lo que previamente han considerado una prohibición legal<sup>116</sup>, planteamiento a mi juicio, muy discutible desde el punto de vista técnico, poco coherente y sobre todo, poco disuasorio. El cliente debería demandar a la entidad financiera para provocar la ineficacia del contrato, devolver el préstamo perdiendo el beneficio del plazo y cargar con los costes de reclamar daños y perjuicios al prestamista. Ello sin tener en cuenta los problemas probatorios del daño y el papel del prestatario en la operación por cuanto ha aceptado un préstamo sin tener capacidad de reembolso. Podrá también poner en conocimiento del supervisor la irregularidad, y que éste imponga una

---

<sup>112</sup>La DCI parece partir de la nulidad en el art. 18.4 cuando restringe la legitimación del prestamista para anular el contrato en detrimento del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente. Como he señalado, esta restricción de legitimación tiene sentido precisamente cuando se trata de nulidad. En el ámbito de la resolución que es la acción que defienden los que entienden que hay prohibición de contratar, no tendría sentido esta restricción de legitimación pues el incumplidor no puede resolver.

<sup>113</sup>ZUNZUNEGUI, F., "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios" Revista del Mercado Financiero, 2015,2, p. 20. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., "Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014", Revista de Derecho Bancario y Bursátil n.º 139, 2015.

<sup>114</sup>Como ya señalé en mi trabajo "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", RCDI N.º 764, págs. 2871 a 2924, nota 102, "Si se considera que la DCI solo contiene normas prudenciales o de conducta, ni siquiera la prohibición de contratar provocaría la nulidad del contrato". No he defendido nunca la nulidad del contrato, afirmación que me atribuye incorrectamente, ARROYO AMAYUELAS, E., "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/125433> (Consultado el 3 de marzo de 2019). Otra cosa es que considere que la norma contenida en art. 18.4 DCI no sea *solo* una norma de conducta. De hecho, la LCCI regula la obligación de evaluar la solvencia en el Capítulo II, Sección 1.ª y no en la Sección 2.ª relativa a las normas de conducta. Que la vulneración de normas de conducta no conduce a la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado es algo reconocido por la jurisprudencia del TS dictada con ocasión del deber de información del art. 79 bis Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actual art. 209 TRLMV) y la nulidad de un swap (Sentencia del TS de 22 de marzo de 2017 (Roj: STS 1050/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1050).

Lo que no me parece admisible es que, después de defender que hay prohibición de contratar se niegue que la sanción es la nulidad porque es una "solución radical" y porque los efectos de la nulidad no son los deseados para el consumidor. Cfr. En este sentido, COLLADO RODRÍGUEZ, N., *op.cit.*, p. 283 y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Comentario...*, *cit.*, p. 252.

<sup>115</sup>ALVAREZ LATA, N. *Comentario al artículo 14 LCC, cit.*, p. 615. ARROYO MAYUELAS, E., *op. cit.*, p. 17. Cabe dudar acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil, habida cuenta de que se trata del incumplimiento de una obligación precontractual. COLLADO RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 225. No son desdeñables las dificultades para diseñar una demanda por responsabilidad civil en este caso y que ha puesto de relieve MARÍN LÓPEZ, MJ., *op. cit.*, p. 253, derivado básicamente de que nos encontramos ante el incumplimiento de una obligación de medios. A ello hay que unir las dificultades para determinación del daño resarcible ¿Se puede decir que hay daño cuando el deudor está cumpliendo? ¿Sería indemnizable el daño derivado de los apuros que está padeciendo el deudor para cumplir? Este planteamiento teórico es inaplicable en la práctica...

<sup>116</sup>ARROYO AMAYUELAS, E, *op.cit.*, p. 17.

sanción al prestamista, siempre que la infracción “no tenga carácter ocasional o aislado”, sanción administrativa con nulo impacto en el contrato con el consumidor.

Y la pregunta es la siguiente: ¿Estos efectos suponen una sanción disuasoria proporcionada y efectiva, tal y como ordena la DCI? Este planteamiento superficial, pegado a la letra de la norma, lleva a consecuencias que son contrarias a la DCI. No solo creo que esta interpretación no es la correcta, sino que voy más allá: violentan la DCI (art. 38). El sistema no habría cambiado nada respecto a la situación anterior a la crisis financiera.

Creo que las propuestas de interpretación deben estar alejadas de la dogmática y cercanas a la solución eficaz de problemas reales. Proponer la responsabilidad civil como remedio al préstamo irresponsable no es muy razonable cuando hablamos de prohibición de contratar. Ese remedio se tiene siempre que exista un daño resarcible, sin necesidad de una regulación específica como la que se propone en la DCI y en la LCCI. Con este planteamiento la DCI no añadiría mucho al sistema y llegaríamos a la misma solución que algunos defendieron en el ámbito del crédito al consumo<sup>117</sup>. Por lo tanto, defender que existe prohibición de contratar sin aportar nada nuevo en el terreno de las consecuencias me parece un esfuerzo inútil.

***Segunda opción de interpretación: no existe prohibición legal de contratar. La regulación debe incentivar que los prestamistas solo concedan préstamos cuando el test de solvencia sea positivo.***

A mi juicio, como ya mantuve en su momento<sup>118</sup>, no hay prohibición de contratar y la mención que se hace en el art. 18 DCI y que se reproduce en el art. 11 LCCI que ordena que el prestamista solo *pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia es positivo* significa que esta actuación debe tener algún tipo de consecuencia, *pero solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato*. Se destaca este matiz en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) cuando señala que *“el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista”*<sup>119</sup>. Por tanto, el prestamista que concede un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe responder en caso de impago del deudor. Si se mantiene que hay prohibición de contratar,

---

<sup>117</sup>ALVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 611.

<sup>118</sup>CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, *cit.*,” p. 2897 y ss. En el mismo sentido, ALVAREZ OLALLA, P., “La obligación de evaluar la solvencia”, en *Vivienda e hipoteca*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Coordinado por Domínguez Luelmo, A., Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 166.

<sup>119</sup>Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial" [COM(2011) 142 final — 2011/0062 (COD)]. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:318:0133:0138:ES:PDF>

para ser coherentes, el prestamista respondería incluso cuando el deudor está cumpliendo con sus obligaciones<sup>120</sup>, lo cual, a mi juicio, es un efecto indeseable<sup>121</sup>.

Pero, sobre todo, a la hora de establecer el alcance del art. 11.5 LCCI, hay que tener en cuenta la solución interpretativa que se adopte no puede desnaturalizar el negocio bancario. Y ello porque una cosa es controlar el riesgo bancario y otra anularlo. Lograr este equilibrio es complejo y, a mi juicio, la opción no debe ser prohibir la celebración del contrato, sino *anudar consecuencias jurídicas cuando por consecuencia de la concesión del préstamo tras un test negativo de solvencia*, el deudor incumple, fruto de ese sobreendeudamiento activo.

Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese en un joven con previsión favorable de ingresos futuros) y solicitar garantías adicionales. Vetarle la posibilidad de contratar puede ser contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado de crédito y generar exclusión financiera<sup>122</sup>. Es claro que la libertad de contratar no se ve afectada cuando el resultado del test de solvencia es positivo (Considerando 57)<sup>123</sup> y tampoco debe estarlo cuando el resultado es negativo.

Si la DCI no prohíbe la contratación *¿qué alcance tiene la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y el art. 11.5 LCCI?* A mi juicio, es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto —insisto— de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo<sup>124</sup>. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales

---

<sup>120</sup>Por el contrario, para ANDERSON, M, "La Directiva 2014/17/UE, *cit.*", p. 58, nota 26, defiende que el consumidor pueda reclamar a la entidad prestamista antes de que se produzca el incumplimiento También lo defiende ARROYO AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 18. ¿Pero qué prestatario va a emprender semejante aventura? ¿Para qué? Si resuelve el contrato, deberá devolver el capital prestado y eso solo ya es un daño para el propio prestatario. Cosa distinta es que no se vea penalizado el consumidor por reembolso anticipado

<sup>121</sup>El apartado 8 del Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio que regula los Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables, establece que la entidad deberá establecer "*unas reglas que definan las circunstancias y situaciones en las que la entidad permitiría, en su caso, excepcionalmente, operaciones de préstamo o crédito en condiciones fuera de los límites y condiciones generales aprobados*". La posibilidad de contratar cuando no se cumplen los requisitos, está admitida expresamente.

<sup>122</sup>GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014) La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, en Cuenca Casas, M. Y Prats Albentosa, L. (Coord.), Préstamo responsable y ficheros de solvencia, Thomson Reuters Aranzadi, p. 222.

<sup>123</sup>Considerando 57 in fine DCI: "(...) *el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito*".

<sup>124</sup>ÁLVAREZ OLALLA, P. "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Aranzadi 2017, p. 794.

incumplimientos obligan a las entidades a provisionar<sup>125</sup>, además de las sanciones impuestas por el supervisor.

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

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

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

Ya se considere que hay prohibición de contratar o que no la hay, la clave son las consecuencias jurídicas. La única que prevé de manera expresa en la LCCI es la sanción administrativa impuesta por el supervisor (arts. 44 y siguientes LCCI).

La LCCI no entra en las eventuales sanciones de Derecho privado que, a mi juicio, deberían haberse establecido de manera expresa evitándose las reglas generales que cabría deducir desde el punto de vista de la teoría general del contrato. Tales sanciones debían consistir como ya defendí<sup>126</sup> en la eventual pérdida del prestamista de intereses moratorios

---

<sup>125</sup>En esta línea, es revelador el Considerando 57 DCI: "*La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo. Los Estados miembro deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia (...)*". Como se puede apreciar del texto transcrito, se exige a los Estados que tomen medidas en el ámbito de la supervisión para evitar que el prestamista conceda el préstamo ante un test de solvencia negativo. Sin embargo, si estas medidas se adoptan exclusivamente en el ámbito de la normativa prudencial es discutible que logren el efecto disuasorio que impone la DCI en el art. 38.

<sup>126</sup>CUENA CASAS, M., "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", *cit.*, p. 2899 <http://eprints.ucm.es/45896/1/PRUEBAS%20CUENA.RCDI.pdf> Partidaria de esta opción se muestran MARÍN

y remuneratorios tal y como se ha establecido en otros ordenamientos<sup>127</sup>. Cuando el acreedor reclamara el cumplimiento al deudor éste podría oponer por vía de excepción el carácter irresponsable del préstamo y que se había concedido con un test de solvencia negativo. De esta forma, el deudor no tendría que demandar al prestamista ninguna indemnización, evitándose los costes que ello le conllevaría. El control del préstamo responsable se llevaría a cabo no solo por el supervisor bancario (sistema que ha fracasado como se comprueba con la crisis financiera de 2008), sino también por los jueces.

Los cambios debían ir en esta dirección si queremos que —de verdad— algo cambie. Las mismas consecuencias deben derivarse, a mi juicio, en caso de incumplimiento absoluto de la obligación de evaluación de la solvencia o en caso de evaluación incorrecta. Aunque se trate de aspectos diferentes al del cumplimiento de la obligación y la concesión del préstamo con test negativo, el resultado es el mismo: se concede un préstamo a quien no lo puede devolver. De esta forma se concilian todos los intereses en juego. Se mantiene la esencia del negocio bancario y se tutela el interés de los consumidores que padecen las consecuencias de la concesión irresponsable de crédito, es decir, los que devienen insolventes por obra de un sobreendeudamiento activo. Si no hay insolvencia, a mi juicio, no procede desencadenar el mecanismo sancionatorio. Ahí reside la esencia del negocio bancario: asumir un riesgo a cambio de una rentabilidad. Además, es poco probable que un prestatario que está cumpliendo su contrato tenga interés en ejercitar una acción por préstamo irresponsable. Creo que hay que ser realistas.

También propuse que si el prestamista concedió el préstamo con test de solvencia negativo, en caso de declaración de concurso del consumidor, fruto de este sobreendeudamiento activo, la Ley Concursal debía contemplar la posibilidad de una subordinación judicial del crédito o alternatively, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC).

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

Por el contrario, los que defienden la prohibición de contratar niegan la nulidad del contrato y tratan la prohibición como incumplimiento del deber de evaluar la solvencia y, por tanto, como incumplimiento de un deber precontractual desencadenando la responsabilidad civil. Ya he dicho que este planteamiento no genera el valor añadido de

---

LÓPEZ, MJ., La evaluación del prestamista...*cit.*, p. 249; MELERO BOSCH, L., “El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, n.º 155, 2019.

<sup>127</sup>En Francia, los arts. L312-16 L341-27, L341-28, L341-31 y L.341-33 del Código de Consumo prevén la pérdida de intereses remuneratorios. En Bélgica el *Code de Droit Économique*, art. VII.201, VII.209, prevé la pérdida de los intereses moratorios y la reducción de la obligación de restituir el capital.

protección que pretendía la DCI<sup>128</sup>. El sistema quedaría como antes de su aprobación y en los mismos términos que la regulación vigente en el ámbito del crédito al consumo. Vamos que se llega al mismo resultado que si no hubiera prohibición de contratar. El efecto disuasorio sería nulo por mucha prohibición de contratar que se imponga.

En su momento defendí que para transponer la DCI el legislador español debía introducir sanciones específicas de Derecho privado porque entiendo que las sanciones administrativas y la responsabilidad civil no suponen un mecanismo disuasorio al préstamo responsable, tal y como exige la DCI.

Pues bien, tales sanciones de Derecho privado no se han establecido y por ello creo que no hay una transposición correcta y eficiente de la DCI en la LCCI.

El Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados (Enmienda n.º 186)<sup>129</sup> que iba en la dirección adecuada. Modificaba el art. 9 del Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario añadiendo un apartado octavo en los siguientes términos:

*"8. Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.*

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

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

Con objeto de facilitar la prueba de que el préstamo había sido responsable, la misma enmienda daba una nueva redacción al art. 9.6<sup>130</sup> (equivalente al vigente art. 11.6

---

<sup>128</sup>Señala ZUNZUNEGUI, F., "Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia", en López Jiménez, J.M. (Dir.) *Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, 2019, p. 247 que afirma que el préstamo responsable sólo tiene sanciones administrativas y no de Derecho privado, es una posición incoherente porque desprecia soluciones de Derecho común, dejando al cliente sin vías de reparación. No ignora la responsabilidad civil como remedio, sino que la critica por su ineficacia para la prevención del sobreendeudamiento. Por ello, propongo interpretaciones alternativas y propuestas que mejoren un sistema que ya ha fracasado. Decir que hay sanciones contractuales, aunque sean ineficaces creo que no aporta al sistema.

<sup>129</sup>BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-3, de 23/03/2018 [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-12-3.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-12-3.CODI.%29#(Página1))

<sup>130</sup>*Una vez evaluada la solvencia, el prestamista informará de forma gratuita, por escrito y sin demora al potencial prestatario y, en su caso, al fiador o avalista de su respectivo resultado advirtiéndoles, de forma motivada, de las razones para conceder o no el préstamo hipotecario con las condiciones analizadas. Asimismo, deberá entregar una copia del resultado de/ estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios*

LCCI) y se obligaba al prestamista a informar de las razones *para conceder* el préstamo o para no concederlo, debiendo entregar una copia del resultado de/ estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en su análisis. Todo ello con la finalidad de favorecer la prueba por parte del prestatario acerca del análisis de la solvencia y ello suponía también una garantía para el prestamista.

En el texto finalmente aprobado, el art. 11.6 LCCI prevé este deber de información solo cuando se deniega el préstamo: *“Cuando se deniegue la solicitud de préstamo, el prestamista informará por escrito y sin demora al potencial prestatario y, en su caso, al fiador o avalista de su respectivo resultado advirtiéndoles, de forma motivada de dicha denegación y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos entregará una copia del resultado, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada, como son el nombre, el responsable, así como del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en la misma”*. Por lo tanto, si se concede, el prestatario no tiene forma humana de saber con qué criterios se ha evaluado la solvencia y, por lo tanto, si la misma fue correcta.

También el Partido Socialista presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados (n.º 99) donde proponía una nueva redacción del art. 9.4 PLCCI

*“4. La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información. En caso de que no haya concurrido dicha ocultación o falsificación, la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista, con independencia de las sanciones administrativas que procedan, generará una exoneración total de los intereses remuneratorios pactados y, en caso de mora, una exoneración total de los intereses de demora”*.

El PSOE retiró la enmienda y la mantuvo el Grupo Parlamentario de Ciudadanos votándose como enmienda n.º 182. Pues bien, curiosamente el PSOE vota en contra de algo que antes defendió. La votación se perdió por UN VOTO: 165 votos a favor y 166 en contra<sup>131</sup>. Tal y como consta en los resultados de la votación, la enmienda fue apoyada por Ciudadanos, Partido Popular, Grupo Parlamentario Mixto, un diputado de Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos. Sorprendentemente la votación se pierde por la votación en contra de una diputada del Partido Popular y por no acudir a votar una diputada del Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Bastan dos votos para que el sistema de préstamo hipotecario responsable no prospere. Lo que el PSOE defendió cuando lo

---

*aplicados en su análisis. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta, del nombre de la base de datos consultada, del responsable de la misma, así como del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en él.*

<sup>131</sup><https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=167&votacion=30&legislatura=12>



proponía su partido, es votado en contra cuando lo propone otro. Así nos va cuando falta sentido de Estado y solo prevalecen los intereses partidistas

Por lo tanto, tras la aprobación de la LCCI, el sistema sigue como hasta ahora: sanciones administrativas impuestas por el supervisor bancario y responsabilidad civil. El prestatario deberá demandar a la entidad financiera y reclamar daños y perjuicios. No será posible paralizar una ejecución hipotecaria por préstamo irresponsable. El crédito del acreedor hipotecario irresponsable seguirá siendo privilegiado en el procedimiento concursal y no se verá afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). El objetivo es que los jueces civiles<sup>132</sup> no controlen el préstamo responsable, algo que temen los prestamistas, habida cuenta de la experiencia vivida estos últimos años en la contratación bancaria. Mejor que quede todo en manos de un supervisor bancario que ya sabemos que no actúa cuando le corresponde. En definitiva, nulo efecto disuasorio y, a mi juicio, falta de transposición de la DCI. Estas sanciones ni son efectivas ni son disuasorias.

---

<sup>132</sup>Así lo defiende GOMEZ POMAR, F., *La reforma hipotecaria: tres ideas para entrar legislativamente en el siglo XXI* InDret 4/2017 [http://www.indret.com/pdf/editorial\\_4.2017.pdf](http://www.indret.com/pdf/editorial_4.2017.pdf) (Consultado el 3 de marzo de 2019): “Si el peso de implementar el deber de solvencia recae sobre los tribunales civiles, singularmente en el seno de los procesos de ejecución hipotecaria, permitiendo que los deudores ejecutados aleguen problemas con su evaluación de solvencia (lo cual, en ese momento y lugar, parecerá verse confirmado por el impago: un caso de sesgo retrospectivo de manual), la ejecución hipotecaria será, con toda probabilidad, más larga e incierta, y no podrá centrarse en lo que de veras ha de perseguir, esto es, maximizar el valor ex post de la vivienda objeto de la garantía (maximización del valor que redundará en beneficio de prestamistas y prestatarios, tanto ex ante como ex post)”. Hay que legislar para que los procedimientos sean eficientes, pero su celeridad no puede lograrse pagando el precio del préstamo de alto riesgo. Este es un planteamiento que solo favorece a los acreedores.